

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Inversiones extranjeras materializadas en valores
mobiliarios**

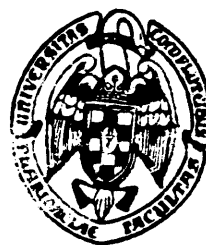
MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Francisco Fernández Flores

Madrid, 2015

708
Tesis presentada para alcanzar el Grado de Doctor en Derecho.

INVERSIONES EXTRANJERAS MATERIALIZADAS
EN VALORES MOBILIARIOS,



BIBLIOTECA
DE DERECHO

Francisco Fernandez Flores.

Dirección: Dr. Don Manuel Díez de Velasco.
Catedrático de Derecho Internacional Público.
Universidad Complutense.
Facultad de Derecho.

Madrid, abril, 1979.

INTRODUCCION

RAZONES QUE JUSTIFICAN LA ELECCION DEL TEMA Y METODO DE TRABAJO.

I.- RAZONES QUE JUSTIFICAN UN ESTUDIO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS.

La vocación de nuestro tiempo es la economía. Nadie puede hurtarse a su influjo, y menos que ninguno el jurista que, obligado por ésta misma circunstancia a un continuo proceso de análisis, síntesis y acoplamiento a la realidad extraordinariamente cambiante - que caracteriza "lo económico", ha de luchar por encajar, muchas veces, las situaciones nuevas en los viejos y anquilosados moldes legales, y otras, las menos por desgracia, para intentar desbrozar con anticipación previsoramente un camino por el que, presumiblemente, piensa -- que ha de discurrir el devenir de los acontecimientos de tal naturaleza. Pero esta es la servidumbre y la grandeza del cultivador del Derecho.

país se condicionan mutuamente y de forma determinante. El cúmulo de las cuestiones en que se observa tal interdependencia crece ininterrumpidamente porque se trata - de una consecuencia lógica, propia de la civilización - moderna tan dinámica y tan cambiante, de las nuevas concepciones que imperan en el orden de la materia y del espíritu.

Nos atrevemos a afirmar que el fenómeno económico de la I.E. constituye uno de los aspectos más característicos de las relaciones interestatales de los últimos cien años, y que su importancia no sólo no ha disminuído en la actualidad, sino que se ha acentuado - hasta un grado tal que, -por causa de las discusiones - que suscita la idea tercermundista de un "nuevo orden económico internacional" (1)- centra sobre sí las más numerosas, complejas, apasionadas y dispares opiniones

-
- (1) La noción del "nuevo orden económico internacional" surge, inicialmente, del comunicado final de la Conferencia de Bandoing (1.955) que marca la presencia activa de los países del Tercer Mundo en la escena política y económica internacional. En 1.964 la Asamblea General de la ONU crea un organismo subsidiario -Conferencia de las N.U. para el Comercio y Desarrollo (CNUCED)- que constituye el vehículo autorizado para propagar las ideas de las naciones subdesarrolladas. "El Grupo de los 77" reunidos en Argelia (1.967) promulga una célebre Carta que constituye, de alguna forma, un memorandum de críticas y quejas a la política seguida por los países industrializados. En 1.972 el Presidente de Méjico propone la elaboración de una "Carta de derechos y deberes económicos de los Estados", que fué formalmente adoptada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1.974. Una sesión extraordinaria de la misma Asamblea General (mayo, 1.974) -la primera que la ONU consagra exclusivamente a temas económicos internacionales- adopta dos importantes resoluciones: la primera, una "declaración" de principios, y la segunda, un "programa de acción" relativo a la instauración de un "nuevo orden económico internacional". Otra sesión extraordinaria de la Asamblea General de la ONU (septiembre, 1.975) adopta otra resolución relativa al "desarrollo y la cooperación económica internacional". La filosofía de esta nueva concepción podría resumirse en el objetivo de lograr reducir las diferencias de desarrollo entre todos los países, aminorando, mediante una acción concertada y equitativa pero no igualataria, el desequilibrio existente entre las naciones industrializadas y los países del Tercer Mundo.

que en la actualidad imaginarse puedan.

El análisis de la I.E., locución que identificamos, en una necesaria e inicial aproximación, con las transferencias voluntarias de bienes-capital entre sistemas económicos y político-jurídicos independientes, con cita desde hace tiempo, acentuándose cada vez más en la actualidad, una singular "vis atractiva" para la polémica, tanto desde el punto de vista económico, como político, social y jurídico.

Las cuestiones que plantea, bajo cualquiera de los prismas enumerados, son abundantes y cada una de ellas merecería, por su propio rango, un tratamiento específico en el que, a buen seguro, surgiría de inmediato la más viva controversia y los argumentos que se esgrimirían lo serían de los más opuestos significados.

El fenómeno de la I.E. es un hecho mundial. Prácticamente podría afirmarse que no existe un sólo país en el que, de unas formas u otras, abierta o enmascaradamente, no se reflejen movimientos internacionales de capital.

Y sus efectos, que se manifiestan en las más diversas direcciones, afectan a todos cuantos componen una determinada comunidad política.

Por ello, al plantearnos la selección de una cuestión concreta como motivo de nuestra tesis del Doctorado, hemos optado por el análisis de la I.E. en una de sus modalidades, la más conocida y desarrollada, en base a tres ordenes de razones, que yo califico como objetivas, subjetivas y finalistas.

Un breve desarrollo de éste triple argumento justificante, creo que ya nos situará en un plano adecua

do para que nos percatemos, al menos, del interés que en cierra el tema elegido.

A.- RAZONES OBJETIVAS.

Hemos comenzado por afirmar que la I.E. es un - fenómeno mundial y ahora subrayamos que además es uno de los que alcanza mayor importancia hoy en día. Y no sólo por su propia entidad cuantitativa, sino por las - consecuencias cualitativas que de ordinario acarrea.

El fenómeno de la I.E. no es, desde luego, simplemente económico; conlleva unas características socio-culturales, políticas y jurídicas que nos facultan a ca lificarlo como "polimorfo"..

Si de su abigarrada configuración característica (2) se harán adecuadas referencias en otros lugares de este trabajo, creemos que ahora procede efectuar algunas consideraciones de carácter numérico, a manera -

-
- (2) Se ha escrito que "las IE no son un fenómeno puramente económico, sino un fenómeno social integral, cuyos orígenes y repercusiones abarcan toda la vida social de la nación que invierte y de la nación en que se invierte, tendiendo a alterar en la forma más inmediata la totalidad de la estructura económica, social y cultural de los países subdesarrollados" (GONZALEZ CASANOVA P., La Ideología Norteamericana sobre Inversiones Extranjeras, Méjico, 1.955; pág. 176). - Este autor añade más adelante que "por lo general, - cuando se estudian científicamente las IE, se establecen correlaciones puramente económicas, y aún sólo una parte de ellas, las que interesan a la técnica de la inversión. No se piensa que el concepto supone y encierra correlaciones sociales que sobrepasan en mucho su sentido estrecho" (págs. 181-182). - La propia Organización de las Naciones Unidas ha puesto de relieve, con reiteración, los campos a que atañe y la gama de efectos de toda índole que puede producir el fenómeno de la "inversión de capital extranjero" (el Doc. ST/ECA/190, Nueva York, 1.973, contiene una amplia enumeración de las Resoluciones que -- han hecho referencia a la cuestión).

de prólogo ilustrativo capaz de hacernos comprender la ingente, pero fascinante, tarea que vamos a tratar de acometer esperanzadamente.

Cuantitativamente la I.E. afecta de forma tal al sistema económico mundial, y condiciona en tal proporción a cada uno de los sistemas nacionales, que desconocer el rango de primerísimo orden que ostenta entre los temas de actualidad sería tanto como tratar de negar la evidencia.

Creemos que más que a las palabras, corresponde aquí a los números corroborar la veracidad de nuestra afirmación. Si se acepta que "una imagen vale más que mil palabras" yo entiendo que hay que ceder, entonces, el lugar a la imagen numérica que proporciona la estadística, para que nos ilustre fehacientemente de la importancia y el relieve que alcanza la I.E. en el mundo económico de hoy en día.

Se exponen a continuación los valores netos del flujo total de los recursos exteriores que, a largo y corto plazo por diferentes rúbricas, reciben diversos sistemas económicos nacionales, que hemos considerado como los más representativos tanto de los países exportadores de capital (USA, Japón, Alemania, Irán, Libia, Arabia Saudita) como de aquellos otros en los que se observa una variación en la tendencia (Inglaterra, Francia, Canadá, Italia) y aún del ejemplo más claro de país netamente importador (Brasil). Estimamos que se trata de una muestra suficientemente representativa.

FLUJO TOTAL DE RECURSOS EXTERIORES, A LARGO Y CORTO PLAZO RECIBIDOS POR LA ECONOMIA * E.E.U.U.
(En millones de dólares)

	1 9 7 1	1 9 7 2	1 9 7 3	1 9 7 4	1 9 7 5	1 9 7 6
<u>1. CAPITAL PRIVADO</u>	-16.825	-1.899	-8.038	-10.217	-28.783	-27.236
1.1. Capital privado a largo plazo	- 6.720	-3.716	-5.984	- 7.110	-17.467	-17.702
1.1.1. Inversiones directas	- 7.251	-6.796	-8.606	- 3.895	-10.969	- 7.335
a) del país	- 7.617	-7.745	-11.404	- 9.173	-14.277	-12.321
b) en el país	366	949	2.798	5.278	3.310	4.986
1.1.2. Otros mvts. privados a largo	531	-3.080	2.621	- 3.215	- 6.498	-10.370
1.2. Capital privado a corto plazo	-10.105	-1.817	-2.054	3.108	-11.315	- 9.622
<u>2. CAPITAL PUBLICO</u>	- 2.419	-1.219	-1.714	1.785	874	3.510
2.1. Capital público a largo plazo	- 2.351	-1.916	- 762	376	- 1.486	3.535
2.2. Capital público a corto plazo	- 68	697	- 952	2.065	2.360	- 255
T O T A L	-19.245	-3.118	-9.753	- 8.433	-27.908	-23.816

* Valores netos. Las diferencias en los valores de algunas agregaciones son debidas al redondeo.
Fuente: IMF Balance of Payment Yearbook. "Table 2. Standard Presentation 1968-76".

FLUJO TOTAL DE RECURSOS EXTERIORES, A LARGO Y CORTO PLAZO RECIBIDOS POR LA ECONOMÍA * JAPON
(En millones de dólares)

	1 9 7 1	1 9 7 2	1 9 7 3	1 9 7 4	1 9 7 5	1 9 7 6
<u>1. CAPITAL PRIVADO</u>	4.749	- 3.207	- 2.093	5.810	1.422	24
1.1. Capital privado a largo plazo	- 152	- 1.939	- 7.106	- 3.757	810	- 583
1.1.1. Inversiones directas	- 150	- 555	- 1.935	- 1.675	- 1.541	- 1.876
a) del país	- 360	- 723	- 1.895	- 1.877	- 1.767	- 1.989
b) en el país	210	168	- 39	202	226	113
1.1.2. Otros mvts. privados a largo	- 2	- 1.384	- 5.171	- 2.082	2.351	1.293
1.2. Capital privado a corto plazo	4.902	- 1.268	5.013	9.567	612	607
<u>2. CAPITAL PUBLICO</u>	- 805	- 1.085	- 1.329	170	- 934	- 38
2.1. Capital público a largo plazo	- 807	- 1.078	- 1.330	166	- 936	- 151
2.2. Capital público a corto plazo	2	- 7	1	4	2	113
T O T A L	3.944	- 4.292	- 3.423	5.979	488	- 14

* Valores netos. Las diferencias en los valores de algunas agregaciones son debidas al redondeo.
Fuente: IMF Balance of Payment Yearbook. "Table 2. Standard Presentation 1968-76"

FLUJO TOTAL DE RECURSOS EXTERIORES, A LARGO Y CORTO PLAZO RECIBIDOS POR LA ECONOMÍA * ALEMANIA
(En millones de dólares)

	1 9 7 1	1 9 7 2	1 9 7 3	1 9 7 4	1 9 7 5	1 9 7 6
<u>1. CAPITAL PRIVADO</u>	3.234	3.352	5.009	- 8.898	- 5.234	- 1.792
1.1. Capital privado a largo plazo	2.252	4.587	5.257	- 1.721	- 6.780	- 2.324
1.1.1. Inversiones directas	89	366	355	639	- 742	- 927
a) del país	- 1.044	- 1.563	- 1.676	- 1.917	- 2.010	- 2.451
b) en el país	1.133	1.197	2.031	2.556	1.268	1.523
1.1.2. Otros mvts. privados a largo	2.162	- 1.929	- 4.902	- 2.360	- 6.058	- 1.396
1.2. Capital privado a corto plazo	- 982	4.243	- 248	- 7.177	1.565	532
<u>2. CAPITAL PÚBLICO</u>	- 126	1.257	- 404	- 580	244	1.961
2.1. Capital público a largo plazo	438	439	421	- 556	- 53	2.184
2.2. Capital público a corto plazo	312	286	17	- 24	297	- 223
T O T A L	3.107	153	4.605	- 9.478	- 4.990	170

* Valores netos. Las diferencias en los valores de algunas agregaciones son debidas al redondeo.
Fuente: IMF Balance of Payment Yearbook. "Table 2. Standard Presentation 1968-76"

FLUJO TOTAL DE RECURSOS EXTERIORES, A LARGO Y CORTO PLAZO RECIBIDOS POR LA ECONOMIA * IRAN
(En millones de dólares)

	1 9 7 1	1 9 7 2	1 9 7 3	1 9 7 4	1 9 7 5	1 9 7 6
1. CAPITAL PRIVADO	120	102	- 176	- 2.933	- 1.076	- 2.4
1.1. Capital privado a largo plazo	98	89	- 187	- 2.885	- 389	- 2.3
1.1.1. Inversiones directas	65	91	- 179	- 2.848	- 271	- 2.1
a) del país	-	-
b) en el país	65	91	- 179	- 2.848	- 271	- 2.1
1.1.2. Otros mvts. privados a largo	33	2	- 8	- 37	- 118	- 2
1.2. Capital privado a corto plazo	- 36	- 48	- 687	- 1
2. CAPITAL PUBLICO	652	482	682	- 2.132	- 2.873	- 2.1
2.1. Capital público a largo plazo	642	533	635	- 2.225	- 2.892	- 2.2
2.2. Capital público a corto plazo	10	- 51	46	93	19	
T O T A L	762	635	459	- 5.065	- 3.949	- 4.7

* Valores netos. Las diferencias en los valores de algunas agregaciones son debidas al redondeo.
Fuente: IMF Balance of Payment Yearbook. "Table 2. Standard Presentation 1968-76"

FLUJO TOTAL DE RECURSOS EXTERIORES, A LARGO Y CORTO PLAZO RECIBIDOS POR LA ECONOMÍA * LIBIA
(En millones de dólares)

	1 9 7 1	1 9 7 2	1 9 7 3	1 9 7 4	1 9 7 5	1 9 7 6
<u>1. CAPITAL PRIVADO</u>	151	265	161	82	- 324	- 21
1.1. Capital privado a largo plazo	140	- 3	- 147	- 243	- 662	- 53
1.1.1. Inversiones directas	140	- 4	- 149	- 241	- 654	- 52
a) del país	-	- 2	- 1	- 1	- 1	-
b) en el país	140	- 2	- 147	- 239	- 653	- 52
1.1.2. Otros mvts. privados a largo	-	1	1	- 2	- 7	-
1.2. Capital privado a corto plazo	11	257	307	325	338	31
<u>2. CAPITAL PUBLICO</u>	- 11	- 65	- 262	- 130	- 929	- 74
2.1. Capital público a largo plazo	- 10	- 51	- 364	- 179	- 899	- 74
2.2. Capital público a corto plazo	- 1	14	101	49	- 34	-
T O T A L	140	200	- 101	- 48	- 1.253	- 96

* Valores netos. Las diferencias en los valores de algunas agregaciones son debidas al redondeo.
Fuente: IMF Balance of Payment. "Table 2. Standard Presentation 1968-76"

FLUJO TOTAL DE RECURSOS EXTERIORES, A LARGO Y CORTO PLAZO RECIBIDOS POR LA ECONOMIA *
(En millones de dólares)

ARABIA SAUDI

	1 9 7 1	1 9 7 2	1 9 7 3	1 9 7 4	1 9 7 5	1 9 7 6
<u>1. CAPITAL PRIVADO</u>	- 76	- 121	- 558	- 5.112	1.109	- 1.809
1.1. Capital privado a largo plazo	- 119	59	- 700	- 4.509	1.653	- 543
1.1.1. Inversiones directas	- 111	35	- 696	- 4.470	1.755	- 400
a) del país	-	-	-	-	-	-
b) en el país	- 111	35	- 696	- 4.470	1.755	- 400
1.1.2. Otros mvts. privados a largo	- 8	24	4	- 38	- 102	- 112
1.2. Capital privado a corto plazo	43	- 179	142	- 604	- 544	- 1.331
<u>2. CAPITAL PUBLICO</u>	- 15	- 4	-	-	- 6.056	- 7.506
2.1. Capital público a largo plazo	- 17	- 4	-	-	- 6.056	- 7.506
2.2. Capital público a corto plazo	2	-	-	-	-	-
T O T A L	- 91	- 125	- 558	- 5.112	- 4.085	- 9.331

* Valores netos. Las diferencias en los valores de algunas agregaciones son debidas al redondeo.
Fuente: IMF Balance of Payment Yearbook. " Table 2. Standard Presentation 1968-76"

FLUJO TOTAL DE RECURSOS EXTERIORES, A LARGO Y CORTO PLAZO RECIBIDOS POR LA ECONOMIA * INGLATERRA
(En millones de dólares)

	1 9 7 1	1 9 7 2	1 9 7 3	1 9 7 4	1 9 7 5	1 9 7 6
1. CAPITAL PRIVADO	3.284	- 1.931	2.323	3.525	3.224	603
1.1. Capital privado a largo plazo	11	- 1.979	- 382	3.147	807	1.223
1.1.1. Inversiones directas	- 562	- 884	- 2.315	- 1.866	- 1.300	- 2.026
a) del país	- 1.646	- 1.845	- 3.991	- 3.732	- 2.498	- 3.379
b) en el país	1.084	961	1.676	1.865	1.197	1.353
1.1.2. Otros mvts. privados a largo	573	- 1.095	1.932	5.014	2.108	3.248
1.2. Capital privado a corto plazo	3.273	48	2.706	378	2.416	- 620
2. CAPITAL PUBLICO	- 388	- 337	- 360	1.046	357	- 41
2.1. Capital público a largo plazo	- 480	- 354	- 369	1.091	283	- 52
2.2. Capital público a corto plazo	92	17	10	- 44	74	1
T O T A L	2.896	- 2.268	1.963	4.571	3.581	551

* Valores netos. Las diferencias en los valores de algunas agregaciones son debidas al redondeo.
Fuente: IMF Balance of Payment Yearbook. "Table 2. Standard Presentation. 1968-76"

FLUJO TOTAL DE RECURSOS EXTERIORES, A LARGO Y CORTO PLAZO RECIBIDOS POR LA ECONOMIA * FRANCIA
(En millones de dólares)

	1 9 7 1	1 9 7 2	1 9 7 3	1 9 7 4	1 9 7 5	1 9 7 6
<u>1. CAPITAL PRIVADO</u>	2.772	1.230	- 883	4.844	2.114	1.843
1.1. Capital privado a largo plazo	181	- 603	-1.982	332	- 913	- 1.677
1.1.1. Inversiones directas	128	93	249	795	297	- 391
a) del país	- 397	- 593	- 906	- 779	- 1.030	- 1.223
b) en el país	526	686	1.155	1.574	1.328	831
1.1.2. Otros mvts. privados a largo	52	- 696	-2.232	- 463	- 1.211	- 1.286
1.2. Capital privado a corto plazo	2.592	1.833	1.099	4.512	3.027	3.520
<u>2. CAPITAL PUBLICO</u>	- 170	- 17	- 186	- 451	- 504	327
2.1. Capital público a largo plazo	- 177	- 46	- 246	- 514	- 146	47
2.2. Capital público a corto plazo	7	28	60	63	- 358	279
<u>T O T A L</u>	2.603	1.213	-1.069	4.393	1.610	2.169

* Valores netos. Las diferencias en los valores de algunas agregaciones son debidas al redondeo.
Fuente: IMF Balance of Payment Yearbook. "Table 2. Standard Presentation 1968-76"

FLUJO TOTAL DE RECURSOS EXTERIORES, A LARGO Y CORTO PLAZO RECIBIDOS POR LA ECONOMIA * CANADA
(En millones de dólares)

	1 9 7 1	1 9 7 2	1 9 7 3	1 9 7 4	1 9 7 5	1 9 7 6
1. CAPITAL PRIVADO	588	152	- 380	1.489	3.147	2.734
1.1. Capital privado a largo plazo	940	1.252	678	1.229	2.967	6.339
1.1.1. Inversiones directas	688	220	- 35	- 96	- 22	- 965
a) del país	- 242	- 405	- 780	- 693	- 636	- 561
b) en el país	930	625	745	596	614	- 404
1.1.2. Otros mvts. privados a largo	251	-1.031	713	1.325	2.989	7.305
1.2. Capital privado a corto plazo	- 352	1.100	- 1.048	260	178	- 3.606
2. CAPITAL PUBLICO	- 245	443	- 185	71	1.168	2.033
2.1. Capital público a largo plazo	- 280	351	- 288	- 111	1.113	1.301
2.2. Capital público a corto plazo	34	91	104	182	55	732
T O T A L	342	595	- 554	1.560	4.315	4.767

* Valores netos. Las diferencias en los valores de algunas agregaciones son debidas al redondeo.
Fuente: IMF Balance of Payment Yearbook. "Table 2. Standard Presentation 1968-76"

FLUJO TOTAL DE RECURSOS EXTERIORES, A LARGO Y CORTO PLAZO RECIBIDOS POR LA ECONOMIA * ITALIA
(En millones de dólares)

	1 9 7 1	1 9 7 2	1 9 7 3	1 9 7 4	1 9 7 5	1 9 7 6
<u>1. CAPITAL PRIVADO</u>	153	- 87	3.089	3.121	- 1.676	3.998
1.1. Capital privado a largo plazo	508	1.566	4.016	3.310	407	- 62
1.1.1. Inversiones directas	118	1.588	360	400	287	- 60
a) del país	- 400	- 215	- 260	- 201	- 345	- 156
b) en el país	519	1.803	620	601	631	96
1.1.2. Otros mvts. privados a largo	389	- 23	3.656	2.909	120	- 2
1.2. Capital privado a corto plazo	- 354	1.652	- 927	- 189	2.082	4.060
<u>2. CAPITAL PUBLICO</u>	275	- 59	- 81	30	279	124
2.1. Capital público a largo plazo	275	- 59	- 81	30	279	124
2.2. Capital público a corto plazo	-	-	-	-	-	-
<u>T O T A L</u>	428	- 145	3.008	3.151	1.396	4.122

* Valores netos. Las diferencias en los valores de algunas agregaciones son debidas al redondeo.
Fuente: IMF Balance of Payment Yearbook. "Table 2. Standard Presentation 1968-76"

FLUJO TOTAL DE RECURSOS EXTERIORES, A LARGO Y CORTO PLAZO RECIBIDOS POR LA ECONOMÍA * BRASIL
(En millones de dólares)

	1 9 7 1	1 9 7 2	1 9 7 3	1 9 7 4	1 9 7 5	1 9 7 6
<u>1. CAPITAL PRIVADO</u>	1.484	2.947	2.779	4.770	4.150	5.811
1.1. Capital privado a largo plazo	1.017	2.879	2.768	4.386	1.717	3.811
1.1.1. Inversiones directas	215	369	942	886	896	1.000
a) del país	- 1	- 27	- 37	- 59	112	111
b) en el país	216	396	979	945	1.008	1.111
1.1.2. Otros mvts. privados a largo	802	2.510	1.826	3.500	2.433	2.811
1.2. Capital privado a corto plazo	467	67	11	383	821	2.011
<u>2. CAPITAL PUBLICO</u>	330	481	938	1.513	1.959	2.111
2.1. Capital público a largo plazo	330	463	932	261	1.963	2.111
2.2. Capital público a corto plazo	-	18	6	49	- 5	-
<u>T O T A L</u>	1.814	3.427	3.717	6.282	6.109	8.011

* Valores netos. Las diferencias en los valores de algunas agregaciones son debidas al redondeo.
Fuente: IMF Balance of Payment Yearbook. "Table 2. Standard Presentation 1968-76"

Pero no quedaría completa la "imagen", si no reflejara también la realidad del fenómeno en nuestro -- propio país.

Con objeto de hacer posibles las comparaciones, hemos incluido, en primer lugar, un cuadro numérico del flujo total de los recursos exteriores que recibe la economía española, ciñendonos a los mismos epígrafes utilizados para los países a los que se ha hecho referencia con anterioridad. En segundo término, se consignan algunas magnitudes pormenorizadas que ayudarán a completar -- la noción sobre la internacionalización de "nuestro capital". Las cifras hablan por sí solas, aunque hayamos de advertir que, en ocasiones, la confección de las estadísticas no haya estado presidida ni por su precisión ni -- por su claridad conceptual; y siempre en el pasado, bajo el signo de la exasperante lentitud en la elaboración y publicación (3), si bien hayamos de reconocer, y con -- agrado, que recientemente se observa que se van corrigiendo los defectos apuntados.

-
- (3) Bajo el epígrafe "el desastre estadístico" se quejaba la Rev. Actualidad Económica de la insuficiencia y la dispersión de los datos que, sobre la IE en España, podían obtenerse porque ni los que podría suministrar el I.E.M.E. (el desaparecido Instituto Español de Moneda Extranjera), ni los de la Oficina de Estadística del Ministerio de Comercio o los de la OCYPE (Oficina de Coordinación y Planificación Económica) son completos y exactos (Inversiones Extranjeras: intento documentado de una estadística imposible; nº 796, Madrid 16 de Junio de 1.973; págs. 8 y ss.). Sobre este aspecto de la IE son esclareadores, el artículo de CUADRADO ROURA, publicado en la Vanguardia, Barcelona, 1 de Junio de 1.971: "Un tema sobre el que falta información, las IE" (pág. 13) y los comentarios de MUNOZ, ROLDAN y SERRANO en su obra La internacionalización del capital en España (Madrid, 1.978; págs. 61 a 63).

FLUJO TOTAL DE RECURSOS EXTERIORES, A LARGO Y CORTO PLAZO RECIBIDOS POR LA ECONOMIA * ESPAÑA
(En millones de dólares)

	1 9 7 1	1 9 7 2	1 9 7 3	1 9 7 4	1 9 7 5	1 9 7
<u>1. CAPITAL PRIVADO</u>	775	929	656	2.366	2.646	2.18
1.1. Capital privado a largo plazo	602	934	805	2.590	1.790	1.44
1.1.1. Inversiones directas	177	219	321	273	219	16
a) del país	- 25	- 56	- 80	- 85	- 89	- 5
b) en el país	202	276	401	358	307	21
1.1.2. Otros mvts. privados a largo	425	714	484	2.317	1.571	1.28
1.2. Capital privado a corto plazo	176	- 4	- 149	- 225	856	73
<u>2. CAPITAL PUBLICO</u>	- 82	- 43	- 76	63	- 6	56
2.1. Capital público a largo plazo	- 102	- 2	- 45	53	13	57
2.2. Capital público a corto plazo	20	46	- 31	10	- 19	- 2
T O T A L	693	973	579	2.428	2.641	2.73

* Valores netos. Las diferencias en los valores de algunas agregaciones son debidas al redondeo.
Fuente: IMF Balance of Payment Yearbook. "Table 2. Standard Presentation 1968-76"

Flujo total de recursos privados exteriores a largo plazo recibidos por el sistema económico español

AÑOS	IE propiedad			IE crediticia		TOTAL
	IED	IEC	IEInmuebles	Creditos comerciales	Cred.Eximbank	
1959.....	964,2	95,4	5,4	2.289,6	540,0	3.830,2
1960.....	2.165,4	652,2	19,2	2.442,6	1.690,8	7.000,0
1961.....	1.247,6	1.096,8	90,6	3.887,4	2.628,6	10.222,0
1962.....	1.377,6	2.892,0	969,6	-15,2	2.097,0	7.222,0
1963.....	2.478,0	5.228,4	1.557,6	2.298,6	1.108,2	14.222,0
1964.....	4.687,8	4.288,8	1.963,2	1.030,2	2.771,4	17.000,0
1965.....	6.956,4	3.201,6	3.541,2	2.233,2	1.184,4	20.222,0
1966.....	7.716,6	3.282,0	3.228,0	1.832,4	1.597,8	25.000,0
1967.....	10.783,2	2.983,2	3.165,1	1.684,4	3.679,2	34.222,0
1968.....	10.028,9	2.376,5	6.367,9	140,0	4.007,5	38.222,0
1969.....	13.102,6	715,5	7.451,5	910,0	2.544,5	43.222,0
1970.....	12.482,4	-907,9	10.062,5	6.197,1	203,3	60.999,0
1971.....	12.335,4	1.759,1	18.255,3	1.711,5	-102,2	65.222,0
1972.....	14.100,6	2.268,2	25.441,8	6.708,6	693,7	85.222,0
1973.....	18.786,7	6.744,5	34.154,3	1.151,5	3.271,7	105.222,0
1974.....	15.701,5	4.551,0	26.932,8	7.776,2	--	107.222,0
1975.....	12.512,4	-5.098,1	15.632,4	7.945,3	--	127.222,0

Notas: Las cifras consignadas se entenderán como "valores netos" y en millones de pesetas.

Para los años 1974 y 1975 se han establecido interesantes modificaciones en la elaboración "balanza de pagos", habiéndose colocado los créditos Eximbank, por su naturaleza comercial la columna de los créditos comerciales.

Se ha creado, también en 1974, el renglón "nuevas formas de inversión" que incluye partidas comprendidas en IED e IEC (año 1974= -853,8; año 1975= 1.140,0 millones de pesetas).

Fuente: Muñoz, Roldán y Serrano, La internacionalización del capital en España, Madrid, 1978; pág.

Autorizaciones concedidas por Presidencia del Gobierno y Ministerio de Comercio, para IED en proporción superior al 50 por 100 del capital de las sociedades españolas, entre los años -- 1960-1975, en millones de pesetas.

AÑOS	Importes
1960.....	134,7
1961.....	732,4
1962.....	4.062,7
1963.....	4.100,2
1964.....	3.671,1
1965.....	5.639,9
1966.....	7.221,5
1967.....	8.110,7
1968.....	7.907,2
1969.....	4.301,7
1970.....	8.053,3
1971.....	8.914,2
1972.....	8.962,2
1973.....	31.389,3
1974.....	11.656,0
1975.....	27.911,1

Fuente: Ministerio de Comercio (Inversión extranjera en España, 1959-1973), Presidencia del Gobierno (IE autorizadas), Información Comercial Española (Boletín semanal).

Distribución sectorial de las IE mayoritarias acumuladas, desde 1º de enero de 1960 a 31 de diciembre de 1975 (en porcentajes).

Sector industrial.....	79,41
Industrias manufactureras.....	76,37
Industrias de la construcción...	1,80
Industrias extractivas.....	1,07
Electricidad, agua y gas.....	0,17
Sector servicios.....	19,99
Comercio mayor y menor.....	8,42
Comercio bienes inmuebles.....	4,58
Bancos y estblec. financieros...	1,12
Compañías de seguros.....	0,24
Otros.....	5,63
Agricultura, silvicultura y pesca.....	0,60
TOTAL.....	100,00

Fuente: Muñoz, Roldán, Serrano, La internacionalización, cit.; pág. 121.

No tratamos de agotar, con las cifras dadas, el aspecto cuantitativo del tema, ya que en otros lugares oportunos continuaremos efectuando algunas referencias a determinados parámetros estadísticos que puedan ser de -- utilidad para ilustrar "gráficamente" el texto.

B.- MOTIVACION SUBJETIVA.

El extraordinario incremento que en los últimos tiempos ha experimentado la IE en nuestro país -según se ha podido comprobar con anterioridad-, ha volcado sobre los despachos de cuantos profesionales hemos de abordar -principalmente sus aspectos jurídicos (abogados, Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores de Comercio, notarios, Registradores de la propiedad) un ingente cúmulo de cuestiones cuya solución ha implicado, en muchos casos, un análisis de la normativa vigente que, por fragmentario, ha supuesto que en ocasiones los criterios sustentados y los - resultados alcanzados en el tema no hayan sido, precisamente, unánimes.

En mi doble condición profesional, como licenciado en Derecho y Agente de Cambio y Bolsa, el tema - de las IE realizadas por medio de la adquisición de valores mobiliarios adquiere una importancia excepcional.

Como licenciado en Derecho e Inspector Técnico Fiscal del Estado, hoy excedente, he dedicado en el pasado gran parte de mi actividad al estudio e investigación de diferentes temas jurídicos (4) y, en mi condición

(4) El régimen fiscal de la exhibición cinematográfica - (Madrid, 1963); Las Cajas generales de Ahorro popular ante los Impuestos de Timbre del Estado y Derechos - Reales (Ministerio de Hacienda; Madrid, 1961); traduc

actual de Agente de Cambio y Bolsa, he continuado dicha -
trayectoria (5).

Por circunstancias muy diversas se han canalizado hacia mi despacho numerosas operaciones de IE, la mayoría de las cuales contemplaban supuestos de intrínca da, cuando no de difícil, solución porque se trataba de operar con valores no admitidos a cotización oficial en nuestras Bolsas de Comercio; esto entraña, de ordinario, una problemática muy compleja. Todo ello me ha dado la - oportunidad de analizar detenidamente la normativa vigente; de contrastar los criterios ajenos con los propios; en ocasiones, de imaginar soluciones aceptables para la Administración, etc.; lo cual ha acentuado más, si cabe, mi interés por un tema que, desde siempre, ha atraído mi --

ción y anotación de la obra de GANGEMI L., Tratado de Hacienda pública (Madrid, 1964); El sistema de las -- Haciendas locales en el ordenamiento tributario italiano (en Rev.DºFinan.Hac.Pub., Vol. XI, nº 44); Los impuestos sobre espectáculos en Italia (en Rev.DºFin. Hac.Pub., Vol. XII, nº 47); La técnica presupuestaria portuguesa (en Rev.DºFinan.Hac.Pub., Vol. XIII, nº 50); Aspectos de la organización financiera italiana (en VIII Semana Estudios Dº Financiero, Madrid, 1960); - La presión tributaria en Italia (X Sem.Est.DºFinanc. Madrid, 1962); Nociones primarias del reparto de la carga tributaria para la efectividad del principio de la imposición justa (XIII Sem.Est.Dº Financ., Madrid, 1966).

- (5) Derecho y política bursátil (Tomo I, Barcelona, 1972);
Certificados de depósito (en colaboración, Barcelona, 1973);
Análisis y concordancias de la nueva reglamentación de las Bolsas de comercio españolas (en Rev.DºFin. Hac.Pub., Vol. XVII, Madrid, nº 71); Los Clubs de inversión (XXI Sem.Est.DºFinanc., Madrid, 1974); Los certificados de depósito (en colaboración, XXI Se., Est.DºFinanc. Madrid, 1974); La información bursátil: estado actual de la cuestión en España (Ponencia en la V Reunión de Bolsas y Mercados de Valores de América, Lima, 1972); Los impuestos y la Bolsa (en la obra colectiva El mercado bursátil español, Barcelona, 1972); La mecánica operativa de la Bolsa y su urgente actualización (Club de Bolsa, Banca Mas Sardá, Barcelona, 1973); Participación de las Bolsas de valores en los mercados monetarios (Ponencia en la IV Asamblea de la Federación Iberoamericana de Bolsas de Valores, Barcelona, 1977); El estatuto profesional de los Agentes de Cambio y Bolsa (Ponencia, Congreso Nacional Analistas de Inversiones, Madrid, 1978).

Por ello quiero subrayar como otra de las razones que me decidieron al estudio del fenómeno de las IE en su vertiente jurídica, el poder presentar de una forma lo más coherente posible, el conjunto de toda la experiencia, práctica y teórica, que he ido acumulando a lo largo de los años en que vengo desarrollando mi actividad profesional.

Y ello con el objetivo fundamental de coadyuvar, en la medida de mi capacidad, al trabajo de quienes, anteriormente, trataron de desbrozar el camino y de los que, después, continuen investigando sobre la materia. Y en todo caso, en favor de los que, en cualquier tiempo, deban dedicarse a la actividad de aplicar el Derecho.

C.- MOTIVACION FINALISTA.

Las normas que regulan actualmente la IE en -- nuestro país aparecidas en el número 266/1974 del B.O.E. del día 6 de noviembre (7) no suscitaron, precisamente ,

-
- (6) Inversiones extranjeras de cartera (en Ciclo Conferenci sobre IE, Colegio Agentes Cambio y Bolsa, Barcelona, 1973); Política de inversiones extranjeras (en Papeles de Economía, Barcelona, 1973); Problemática legal de las IE de cartera en la normativa vigente (Anuario de D^o Internacional de la Universidad de Navarra, Tomo I, 1974); La fé pública mercantil y las IE (II Seminario sobre fé pública mercantil, Huelva, 1975); Los riesgos políticos de la IE: una propuesta para neutralizarlos Ponencia a la III Asamblea de la Federación Iberoamericana de Bolsas de Valores, Méjico, 1976).
- (7) Se publicaron dos Decretos de gran importancia: el primero, nº 3021/1974 de 31 de octubre, sanciona -- con fuerza de ley el texto refundido de las disposiciones legislativas sobre IE en España; el segundo, nº 3022/1974 de 31 de octubre, aprueba el Reglamento de IE en España. Constituyen las normas -- básicas vigentes en ésta materia.

entusiasmos desmedidos, ni entre los economistas (8) ni por parte de los juristas (9), pese a que declaraciones oficiales emitidas en su día en distinto sentido (10) parecían presagiar otra acogida.

Hasta el momento de la publicación de los nuevos textos la disciplina legal de las operaciones de IE en España se encontraba dispersa en numerosas normas, - de variado rango, dictadas en fechas diferentes, algunas muy lejanas, a veces con un cortísimo plazo de vigencia, que dificultaron en grado extremo la labor de quienes habían de manejarla. El carácter asistemático - y casuístico que presidía toda la filosofía jurídica de

-
- (8) La Cámara Oficial de Comercio e Industria de Girona acordó en octubre de 1.974 interesar del Gobierno la suspensión o aplazamiento de la nueva ley de inversiones en un escrito donde la califica de "antitruística e inoportuna". SOLER PADRO (La Vanguardia, 15-III-1975): La nueva reglamentación sobre inversiones de capital extranjero está despertando más recelos que entusiasmos ... El espíritu puede ser muy liberal, pero la letra de ésta ley impone tantos condicionantes que la inversión se hace más difícil que en el pasado. GRANELL F., "La nueva legislación española sobre IE" en Rev. Fomento del trabajo nacional; Barcelona, nº 1845 (octubre, -- 1.974); págs. 19 y ss.
- (9) MURO DE LA VEGA, Exámen general de las nuevas disposiciones, en Inversiones Extranjeras cit.; págs. 22 y ss. FERNANDEZ FLORES, Problemática legal de las I.E. de cartera, en Inversiones Extranjeras, cit.; págs. 51, y Problemática legal de las Inversiones Extranjeras de cartera en la normativa vigente, en Anuario Derecho Internacional, Pamplona, 1.975, págs. 95 y ss. GABARRO SAMSO, Régimen especial de adquisición de inmuebles, en Inversiones Extranjeras cit., pág. 70. SEBASTIAN DE ERICE E., "Comentarios en torno a la nueva ley de IE", en Rev. de Derecho mercantil, Madrid, nº 137; págs. 349-373.
- (10) VARELA, en la Conferencia de clausura, en el ciclo sobre Inversiones Extranjeras, cit., pág. 112. FERNANDEZ CUESTA, en la Presentación de la nueva legislación de IE (vid. la Vanguardia de Barcelona, 7 de noviembre de 1.974; pág. 16; Desarrollo, Madrid, 10 de noviembre de 1.974, pág. 5; Actualidad Española, Madrid, 9 de noviembre 1.974, págs. 17 y ss.).

la IE solamente pudo ser superado, en gran parte, gracias a la extraña habilidad con que la Administración - hizo uso de sus amplias facultades discrecionales, lo cual ayudó, por otro lado, a sentar una especie de "jurisprudencia administrativa de hecho" que coadyuvó, y no en pequeña proporción, a que se estableciesen una serie de criterios de generalizada aceptación que aliviaron el trabajo de interpretación que las normas vigentes imponían.

Las disposiciones derogadas en 1.974, por su misma dispersión e incoherencia, no pudieron evitar que, al socaire de las evidentes lagunas que presentaban, surgieran ciertas prácticas contrarias a su propio espíritu y que, en definitiva, conducían a la aceptación de situaciones que, rozando el fraude de ley, eran difíciles de atajar.

Normas pretendidamente generales convivían -- con disposiciones específicamente dictadas para casos concretos y determinados que, naturalmente, rompían las más de las veces el auspiciado sentido unitario y generalizador que las primeras parecían querer imponer.

Si a esta situación añadimos un nuevo factor distorsionante, como es el conjunto abigarrado de disposiciones (leyes, Decretos, órdenes ministeriales y aún Circulares y Resoluciones) que se dictaron en materia de control de cambios -y que, por tanto, afectaban muy directamente a las operaciones de IE-, el cuadro de la situación legal a la que debió enfrentarse el profesional antes de 1.974, no podía ser más desconcertante (11).

(11) En este aspecto es interesante el Editorial del Boletín Semanal de Información Comercial Española: "La legislación de IE en España, una normativa necesitada de revisión", número 1425.

Aunque en su lugar oportuno haremos las indicaciones pertinentes a los "antecedentes legales", hemos de pensar que, hasta la publicación de las nuevas normas, coexistían algunas dictadas en plena guerra civil (12) con -- otras que vieron la luz en la década de los sesenta y aún después, lapso de tiempo en que el país, y las propias concepciones ideológicas en materia económica; habían variado espectacularmente. De la autarquía furibunda (13) se pasó a una progresiva liberalización de nuestro sistema económico, capaz de homologarlo con el resto de los países de -- economía libre, tal y como se concibe en la actualidad.

La incuestionable magnitud que las operaciones -- de IE habían alcanzado en España, unido a una tendencia al crecimiento que parecía no poder detenerse nunca, urgieron al Gobierno, ya en el año 1.972 a plantearse seriamente la necesidad de coordinar, dándoles un sentido unitario, tan abigarrado cuerpo de doctrina legal (14).

En efecto, el art. 53 de la ley del III Plan de Desarrollo Económico y Social, Texto Refundido al 15 de -- junio de 1.972, establecía que "el Gobierno refundirá y --

(12) El Decreto de 5 de julio de 1.937 (nº 313) y la ley de Delitos monetarios de 24 de noviembre de 1.938, -- por citar dos de las más conocidas, y cuya publicación respondió a circunstancias económicas y políticas felizmente superadas en la actualidad.

(13) Recordemos, entre otras, las leyes de 7 de junio de 1.938 (inversiones en minería), de 24 de noviembre -- de 1.938 (delitos monetarios) o de 24 de diciembre -- de 1.939 (ordenación y defensa de la industria nacional).

(14) No obstante, ya en 1.969 el Gobierno contestaba (17 de octubre) al ruego de un Procurador en Cortes sobre ésta materia (21 de julio) que "el mandato recibido por el Gobierno en el II Plan de Desarrollo está a punto de ser cumplido, ya que se encuentra en estado muy avanzado un proyecto de texto refundido de IE que sistematiza la legislación vigente, suprime cierta clase de duplicidades, aclara y define -- conceptos básicos sobre la materia y, sobre todo, -- cubre las lagunas que se han advertido en la aplicación de la legislación vigente".

Completaría las disposiciones vigentes en materia de inversiones de capital extranjero".

Y el Gobierno, en 1.974, interpretando de una manera muy "sui generis" los términos "refundir y completar" (15), deroga un gran número de las normas anteriores y pu-

- (15) Como señala acertadamente SEBASTIAN DE ERICE (Comentarios, cit.; págs. 371-372) "por lo que respecta a la tarea de refundición, aunque no existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición de la naturaleza y limitaciones de una refundición, ésta implica esencialmente la reunión de varios textos legales antes dispersos en uno solo, debidamente sistematizado, con respeto a la letra de las normas que se refunden y, por lo tanto, sin introducir modificaciones en ellas. Pues bien, la refundición que realizan los nuevos textos rebasa estos límites, pues no sólo no respetan la letra de los textos refundidos sino que, quizás con la pretensión de aclarar problemas interpretativos a que habían dado lugar las normas anteriores, introduce modificaciones, sustanciales a veces, en dichos textos. Ello es evidente, desde el mismo artículo primero de la LIE y el RIE. En efecto, donde el artículo primero del Decreto-Ley de 27 de julio de 1.959 decía que los inversores extranjeros podrán transferir sus capitales en moneda extranjera, la nueva legislación alude simplemente a que podrán invertir sus capitales, con lo que establece un concepto mucho más amplio de inversión extranjera, al incluir dentro de su regulación los capitales interiores de los inversores extranjeros. Sin embargo, hay que reconocer que, debido al carácter de disposición general que tiene el artículo primero de las nuevas disposiciones legales y a su carácter refundidor, era necesario dar una definición de inversión extranjera, que abarcase, no sólo el supuesto previsto en el Decreto-Ley mencionado, que se refiere sólo a las inversiones directas, sino también otros supuestos de inversión en que la antigua legislación preveía expresamente la posibilidad de que se realizasen con capitales interiores (como ocurría con las inversiones de cartera reguladas en la Orden de 15 de marzo de 1.962), o bien se aplicaba a los extranjeros en general, cualquiera que fuese el origen del capital empleado (como ocurría con las inversiones en fincas rústicas, reguladas por el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1.962). Igualmente se modifican las disposiciones relativas a las inversiones en empresas de servicios públicos, en las que se permite una participación extranjera de hasta el 25%. La legislación anterior, por el contrario, prohibía la inversión extranjera en las empresas de servicios públicos, salvo aquellas que el Gobierno acordase incluir por razones de interés general. Por lo que respecta a la tarea de "completar" la legislación de inversiones extranjeras, es lógicamente donde los nuevos textos aportan sus innovaciones más importantes. Podría discutirse si lo que la Ley del Tercer Plan de Desarrollo ordenó al Gobier

blica el Texto refundido de las disposiciones legislativas sobre IE (Decreto 3021/1974, de 31 de octubre) y el Reglamento de IE (Decreto 3022/1974, de 31 de octubre), disposiciones básicas, hasta el momento, que regulan las operaciones de IE en nuestro territorio.

En líneas generales, los nuevos textos adaptaron, a las circunstancias puestas de manifiesto en la aplicación de los antiguos, los criterios que de unas formas u otras se fueron sustentando a lo largo de la vigencia de los mismos. Se colmaron lagunas evidentes, se reformó, en algunos casos, la terminología, se sistematizó el contenido, se resolvieron dudas.

no fué colmar las lagunas de las disposiciones existentes sobre inversiones de capital extranjero o, si por el contrario, su intención fué que elaborase una legislación reguladora de toda la inversión extranjera, cualquiera que fuese su forma. Aunque hay razones para pensar lo primero, no cabe duda de que el mandato se formuló en términos lo suficientemente amplios como para poder abarcar, sin dificultad, todas las formas de inversión posibles. Por eso, la LIE regula formas de inversión extranjera carentes de regulación con anterioridad (entre ellas, fundamentalmente, la creación de sucursales y establecimientos permanentes), además de completar la reglamentación de las inversiones que sí estaban reguladas (fundamentalmente las participaciones sociales y las inversiones en inmuebles). A este último grupo pertenecen las normas sobre inversiones en cascada, es decir, las inversiones realizadas por Sociedades españolas en las que exista participación extranjera. Aquí sí se ha excedido la LIE en el mandato recibido, ya que en el proyecto de Ley del III Plan de Desarrollo remitido por el Gobierno, se incluía un párrafo que autorizaba la regulación de las inversiones en cascada, párrafo que fué suprimido en las discusiones de la Ley y que, por lo tanto, no se incluyó en el texto finalmente aprobado por las Cortes. Así pues, éstas eran contrarias a que las inversiones de segundo grado de sociedades españolas con capital extranjero se considerasen como inversiones extranjeras. En conclusión, los nuevos textos legales rebasan el mandato de la Ley del III Plan de Desarrollo de proceder a refundir las disposiciones entonces vigentes, y en algunos aspectos también el de completarlas. Nos parece, por ello, inadecuado el título de "Texto Refundido" que tiene la LIE, siendo más apropiado el título abreviado de Ley de Inversiones Extranjeras."

Pero el fenómeno de la IE, como cualquier -- otro que se inserte en el terreno de lo económico, va-- ría y evoluciona constantemente. De ahí el temor a que los textos legales queden pronto obsoletos. Y de ahí la importantísima labor que debe desarrollar el jurista, y que ya en las primeras líneas de éste trabajo tratamos de subrayar debidamente.

Los textos vigentes son, desde luego, menos defectuosos que los anteriores, afirmación válida aun-- que solo lo fuera en base a su unidad y sistematización formal. Pero, desde luego, tampoco son perfectos.

Me atrevería a decir que su sistemática "sus-- tancial" no es la adecuada; que confunde bajo epígrafes unitarios, figuras o modalidades de inversión que se di-- ferencian claramente entre sí; que la terminología no -- es, en ocasiones, unívoca ni coherente; que algunas la-- gunas legales persisten, etc.

Todo este cúmulo de imperfecciones se acen-- túa si consideramos que las numerosas Resoluciones y -- Circulares dictadas, para desarrollar aspectos concretos de los textos fundamentales, han empañado en muchos ca-- sos la letra de éstos, introduciendo un nuevo factor de confusionismo.

Por ello, me atrevo a ratificarme en lo que ya escribí en diciembre de 1.974 (16): creemos que los -- nuevos textos no responden ni a la expectación que rodea-- ba al tema antes de su publicación, ni a la larga y pa-- ciente espera a que sus autores nos han sometido desde -- los ya lejanos días en que se anunció su aparición.

(16) Problemática legal de la IE de cartera, en Inversio-- nes Extranjeras; cit., pág. 51.

Sin hacer mayor hincapié en el argumento, si debo subrayar que, al iniciar ésta tesis doctoral, me -- propuse como uno de los objetivos primordiales poner de manifiesto tanto los defectos como las virtudes de la reglamentación de IE en España, con el ánimo decidido de -- intentar aportar soluciones. Pero, además, con el objetivo finalista de llegar, de ser ello posible, a la redacción de un proyecto de norma que regule específicamente la modalidad de IE que rotula nuestro trabajo. Sus características especiales y su importancia creemos que lo demandan.

II.- METODO.

El Diccionario de la Lengua Española nos dice qué método es el "modo de decir o hacer con orden una cosa" y el prof. CASTRO (17) matiza al señalar que "método significa dirección dada al conocimiento respecto a -- un objeto, camino para conseguir un saber teórico o para poder convertir en realidad práctica la teoría".

La cuestión del método, del camino a seguir para el desarrollo de cualquier actividad investigadora, ha adquirido modernamente una importancia incuestionable (18), proliferando en grado sumo los estudios dedicados a ésta cuestión (19) y que, en el ámbito de lo jurídico,

(17) Derecho Civil de España, Parte general; Madrid, 1.949; pág. 441.

(18) Ya dice GONZALEZ MARTINEZ -recordando a Baumgarten- que "hemos de reconocer que nuestra época es la metódica por excelencia" (Métodos jurídicos, en Rev. Crítica Derecho inmobiliario; Madrid, 1.930; pág. 599).

(19) En España es ya clásica la obra de HERNANDEZ GIL A., Metodología de la Ciencia del Derecho; Madrid, 1.971.

han llegado a alcanzar un elevado grado de sutileza (20). Pero no queremos ni debemos penetrar en su análisis por-- que alargaría extremadamente nuestro trabajo. No obstante, una exposición coherente de su materia, requiere concretar una serie de premisas que entendemos claramente -- conectadas en la cuestión del "método de trabajo" que -- pretendemos utilizar.

¿Cómo procederemos para tratar de investigar y exponer adecuadamente la cuestión que nos hemos -- propuesto analizar? Más adelante tendremos ocasión de -- comprobar como las cuestiones relacionadas con la IE entrañan tal complejidad, que se hace preciso actuar cautamente y con criterios muy claros --difíciles de alcanzar a veces-- para evitar confusionismos que pueden llegar a enturbiar hasta las nociones tenidas por más meridianas. Ejemplos de que así sucede tendremos ocasiones de subrayar.

A nuestros efectos, creemos que son tres -- las cuestiones principales que debemos examinar bajo este prisma del método: primera, el encuadramiento jurídico del tema a tratar; segunda, la delimitación estricta del tema a analizar y, tercera, el procedimiento a seguir para la "interpretación legal" del fenómeno objeto de estudio.

A.- EL ENCUADRAMIENTO JURIDICO DEL TEMA A TRATAR.

Permítasenos una afirmación de principio: el tema al que nos vamos a referir pertenece, en nuestro

(20) CARNELUTTI ha llegado a referirse "al método de la -- indagación sobre el método" (Metodología del Derecho; México, 1.940; pág. 10).

concepto, a esa nueva rama del Derecho, aún controvertida y un tanto desdibujada, que se está intentando ~~cons-~~
truir con el nombre de "Derecho económico internacio-
nal".

Esta toma de postura nos sitúa ante la necesidad de explicarla, por fuerza brevemente, y de subra-
yar las consecuencias que de tal concepción se derivan.

Toda la vasta problemática que implica el fenómeno de las IE (política, económica, social, técnica) debe desenvolverse y atemperarse de acuerdo con --
unas determinadas coordenadas formales que solo le pue-
den proporcionar los ordenamientos jurídicos de los países
implicados en movimientos internacionales de capi--
tal.

Sólo el marco jurídico posibilita la existencia de la IE, porque señala y establece las "reglas
del juego" (21) en que toda actividad de tal carácter -
ha de realizarse.

Las normas legales constituyen, en último término, el instrumento esencial para que el capital extranjero cumpla eficazmente con la finalidad que, tanto
en el país exportador, como en el receptor del mismo, -
se le haya asignado. De ahí su incuestionable importan-
cia.

Es curioso observar como, si los aspectos
económicos y aún los políticos y sociales han sido pro-

(21) Vid. ROLFE S.E., Rapport de base; XXII Congreso de -
la Cámara de Comercio Internacional, celebrado en Es-
tambul (31 de mayo a 7 de junio de 1.969), sobre el
tema "Les sociétés internationales; Leurs droits et -
responsabilités", C.C.I., 1.969; pág. 91.

fusamente analizados por la doctrina, las vertientes ju
rídicas no lo son con la misma intensidad, habiéndose -
creado en torno a ellas un vacío doctrinal que realmen-
te extraña.

Tal vez ha influido en tal olvido, el
que los aspectos económicos adquieren una importancia -
tan prevalente, que el jurista haya estimado que poco -
le cabía decir, limitándose a la consideración de cues-
tiones muy concretas, en los que se hacía precisa la in
terpretación de un determinado precepto jurídico. Con -
ello se ha hurtado un enfoque jurídico global del tema,
lo que ha acarreado una cierta inseguridad y falta de -
concrección conceptual que obstaculiza sobremanera la
labor del intérprete.

También es verdad que como explicación
de éste evidente abandonismo de la doctrina jurídica po-
dría argumentarse pensando, por una parte, en la múlti-
ple convergencia de normas -del más variado signo- que se
dan cita en ésta materia. Disposiciones de carácter pú-
blico y privado; multilaterales o unilaterales; genera-
les y especiales; hacen acto de presencia al conjuro má-
gico de las operaciones de inversión de capital extran-
jero. El esfuerzo de síntesis que representa el trata-
miento unitario del tema es tan abrumador y encierra --
tantas dificultades que ello podría ya exonerar por si
sólo al jurista del intento de la obra. Por otro lado,
tal vez la extremada movilidad de las normas específi-
cas que regulan las operaciones de IE constituya un fre-
no para la investigación doctrinal. La necesidad de aco-
modar las reglas jurídicas a las urgencia -económicas o
políticas- que demanda cada situación concreta, ha pro-
ducido en el estudioso una sensación de versatilidad le-
gislativa que desincentiva cualquier propósito de análi-
sis, en profundidad, de su contenido.

No obstante, tales dificultades encieu

rran en sí mismas un reto evidente e implican una esperanza llamada para quien viva el Derecho y sienta atracción por la investigación de sus temas.

Al filo de lo anterior y como un ejemplo del segundo argumento citado, podríamos señalar el desafío que puede significar el descubrir, a través de una "interpretación política" del texto legal, la "filosofía" seguida en el tratamiento de la IE a través de los tiempos, o en una época o periodo específico, y en un determinado -- país o en un conjunto de sistemas entre sí relacionados -- política o económicamente. El tema es apasionante a no dudarlo (22).

Y del mismo modo se podrían esbozar otros muchos asuntos dignos de investigación, porque la "materia jurídica" es lo suficientemente amplia como para que la -- califiquemos ~~de~~ fuente casi inagotable de sugerencias.

Ya hemos escrito que la complejidad jurídica que presentan las operaciones de IE está fuera de -- toda duda y, por ello, la cuestión del método se plantea como una premisa indispensable para el análisis ulterior del contexto legal en que se mueve la problemática que -- debatimos.

El "método" puede aplicarse tanto a la -- noción de elaboración del Derecho, como al de su investigación o conocimiento, aplicación y enseñanza. Naturalmente nuestro análisis se mueve en el segundo de los aspectos enumerados (conocimiento del Derecho).

(22) En éste sentido, hace años no resistimos la tentación de iniciar un esbozo en la investigación del tema -- apuntado. Los resultados iniciales se publicaron en -- PAPELES DE ECONOMIA, Barcelona, Facultad de Ciencias Económicas, 1.973, págs. 52 y ss.

Aunque por fuerza, esta cuestión ha de ser tratada en la forma más compendiada que sea posible, no podemos dejar de subrayar su importancia, que encierra a su vez dos cuestiones diferenciadas: por una parte la posibilidad de intentar un tratamiento unitario de los aspectos legales de la inversión extranjera; por otro lado, el subrayar que "técnicas" o instrumentos serán los más adecuados para la tarea que nos proponemos abordar.

A ambas cuestiones dedicamos a continuación nuestra atención.

1. EL DERECHO ECONOMICO COMO NUEVA DISCIPLINA DEL SISTEMA JURIDICO.

1.1. NACIMIENTO, FORMACION Y CONSOLIDACION DEL DERECHO ECONOMICO.

Es curioso observar como las normas que en mayor grado más afectan y condicionan las operaciones de IE han aparecido a raíz de las dos más grandes convulsiones que ha sufrido la humanidad. Las primeras, - relativas al control monetario, después de la llamada guerra europea (1.914-1.918); las segundas, normas específicas sobre operaciones de IE, en la década que siguió al final de la guerra mundial (1.939-1.945). Se trata de un hecho que no debe pasar inadvertido, porque coincide con la irrupción violenta del Estado en la esfera de la actividad económica de cada país.

Hasta las primeras fechas apuntadas, se puede afirmar que, con ligeros matices y salvo muy cortos intervalos (23), imperó un orden económico basado en

(23) Salvo la etapa "mercantilista" que nos pone en contacto con doctrinas -como escribe GONNARD R., Histoire des doctrines économiques, París, 1.928; Libro I, págs. 81 y ss.- asombrosamente próximas a las de nuestros tiempos o emparentadas, por lo menos, con alguna de ellas.

el principio de la economía de mercados clásica o liberal" que, fundada en el automatismo de los engranajes - de la producción, la distribución y el consumo, no necesitaba de la ingerencia de elementos extraños, perturbadores de sus dos grandes principios inspiradores: la libertad y la igualdad (24).

Como señala DREYFUS (25), la doctrina económica liberal no representa sino la traducción de los dos mismos principios que en el terreno político-social ya consagró la Revolución francesa, y que no conocieron otro límite que los impuestos por el necesario respeto al orden público. Si la noción de libertad evoca inmediatamente los derechos garantizados por la Declaración de 1.789, se deberá aplicar igualmente a las actividades económicas desarrolladas por los individuos: en efecto, es el derecho de cada uno para ejercer libremente el comercio o la industria (principio afirmado en Francia por la "ley revolucionaria" de 2-17 de marzo de 1.791) (26). El segundo principio fundamental, la igualdad de todos, constituye la condición indispensable para la traducción práctica de la noción de libertad, e implica igualmente que el Poder, en el ejercicio de sus atribuciones, adopte una actitud "no discriminatoria" - en sus relaciones con los administrados: la intervención del Estado debe ser "neutral". Esta exigencia -concluye

(24) Como señalan LESOURD y GERARD (Le XIX siècle, cit.; - pág. 24), el "capitalismo" es la representación más acabada de la economía de mercado, y el "precio" su máximo exponente. En consecuencia, los precios constituyen uno de los elementos esenciales de la vida económica, y de ahí la importancia que alcanzan instituciones tales como las Bolsas de Comercio y las Bolsas de Valores, capaces de constituirse como elementos -- equilibradores del precio de mercaderías (bienes reales" y activos financieros.

(25) L'interventionnisme économique; Paris, 1.971; págs. 5 y ss.

(26) El "principio de libertad industrial" fué implantado en Francia, según cita el texto, desde 1.791; en Italia por la ley de 29 de mayo de 1.814; en Austria, la ley de 20 de diciembre de 1.859; en Bélgica desde 1.795; Holanda en 1.819; Alemania lo introduce por ley de 21 de junio de 1.869; Hungría en 1.872 y Noruega y Suecia en 1.839 y 1.846 respectivamente.

DREYFUS- se traduce en materia económica en la obligación de dejar jugar a las reglas de la libre competencia entre los agentes económicos de acuerdo con las leyes de mercado. La doctrina económica liberal, que se puede resumir en la fórmula lapidaria "laissez faire, laissez passer" tan aceptada por los teóricos del siglo XVIII, ha sido consagrada en el plano político por el principio según el cual "lo económico" está excluido de la esfera de actividad de las instancias del Poder.

La traducción jurídica de éstas ideas cardinales resplandece con toda claridad en la normativa legal aparecida a lo largo del siglo XIX, y que reconoce como paradigma indiscutido al Código francés de 1.804. Cuantos textos legales se dictaron siguiendo -- sus pautas, conciben el sistema jurídico bajo un prisma absolutamente liberal, cuyas características más -- acusadas pueden sintetizarse en el mantenimiento, a ultranza, de las ideas individualistas; la igualdad de -- las personas; la propiedad como uno de los derechos -- más sagrados e inviolables del individuo; la libertad como norma rectora en el derecho de las obligaciones -- y los contratos.

El profesor DE CASTRO (27), refiriéndose a nuestro Código civil, en el Proyecto de 1.851, lo proclama "moderadamente progresista y decididamente liberal", connotaciones que podrían predicarse del texto definitivo de 1.889 al que, el mismo autor, considera como de matiz político poco acusado. Por otra parte, -- el Código de comercio de 1.885 también se inspira en -- el mismo criterio liberal, incluso con mayor acento -- que su homónimo civil, proclamando la libertad más absoluta para el ejercicio del comercio --sin duda como -- reacción a las limitaciones gremiales del pasado-- y --

(27) Derecho civil de España, Parte general; Madrid, 1.949; págs. 190 y 207.

las relaciones de negocios un rango de primera magnitud.

Consecuentes con éstos principios inspiradores del sistema legal, se fué desarrollando a lo largo del siglo XIX un régimen económico basado y sostenido en la libre iniciativa -prácticamente ilimitada-, siendo inexistentes las disposiciones que, de cualquier forma, trataran de obstaculizar aquel principio. Es más, algunas de las normas más importantes que en tal época se dictaron en España -por ejemplo las que afectaron a la desamortización, desde 1.811 a 1.858- acentuaron -- aún más el criterio fundamental de la libertad de comercio. El Real Decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1.852 (que recogía la doctrina sentada ya en las Partidas -Part. V, tit. VIII, Ley IV-, la Novísima Recopilación -Libro VI, tit. IX, Ley I-, la Constitución de 1.812 -artº. 20-) y el Decreto de las Cortes de Cádiz -de 8 de junio de 1.813 -sancionado por ley 2/6 de diciembre de 1.836 y recogido en el artº. 29 de la Constitución de 1.879-. Las leyes que vieron la luz, sobre todo, a partir de la Revolución de 1.868 (en especial, las arancelarias; el Decreto Ley de 14 de noviembre de 1.868 sobre obras públicas; la ley de ferrocarriles de 1.869), reflejan el espíritu liberal imperante en el país. El liberalismo, la "economía burguesa" (28) domina todo el panorama económico español. Estamos en la época de "los marqueses de Salamanca" (29).

El siglo XX pasará, sin duda, a la historia

(28) Nos remitimos, sobre el significado del término, a GIL MUNILLA O., Historia de la evolución social española durante los siglos XIX y XX; Madrid, 1.961; pág. 39.

(29) El Marqués de Salamanca, José de Salamanca, es el arquetipo consumado del financiero y de la forma de actuar de ésta época. Nos remitimos a HERNANDEZ GIRDAL F., José de Salamanca, Marqués de Salamanca; Madrid, 1.963; TORRENTE FORTUÑO J.A., Salamanca, bolsista romántico; Madrid, 1.969.

...ria como la centuria de las grandes transformaciones en el campo de lo político, lo social, lo económico, lo -- técnico y lo jurídico. Porque muchos y variados acontecimientos se han dado cita para que así suceda.

Las nuevas ideas surgidas en el campo de la política y de lo social (30) han tenido ya una traducción práctica que ha afectado profundamente al sistema econó-- mico y, como consecuencia, al mundo de las concepciones jurídicas, al Derecho.

Ya en los últimos años del siglo XIX y los -- primeros del actual, comenzaron a hacerse insostenibles algunos de los juicios que se consideraron en el pasado, poco menos que intangibles. La desaparición paulatina -- del régimen de libre competencia, debida a la aparición de grupos concertados prepotentes; la falta de adecua-- ción automática ante los trastornos que surgieron en -- los periodos depresivos del ciclo económico; las situa-- ciones de penuria secuela de las contiendas bélicas; -- las ideas comunistas y socializantes emanadas de las -- nuevas doctrinas, principalmente, de Marx y de la pro-- pia Iglesia (Rerum novarum); las convulsiones sociales de -- rivadas de la saturación de los efectos de la llamada -- segunda revolución industrial; el nacimiento de furibun-- dos nacionalismos; etc. se confabularon para justificar la intervención del Estado en la economía, arrumbando --

- (30) Estas nuevas ideas se fueron generando, a nuestro entender, debido, por una parte, a los problemas que se derivaron como consecuencia de las concepciones que -- desde el punto de vista jurídico, técnico y psicológi-- co caracterizaron al capitalismo liberal (problema -- del reparto de rentas; la cuestión social; el maquinis-- mo y la división del trabajo; la satisfacción de de-- seos y el acomodo de la producción para ello; etc.), y por otro lado a las crisis --crisis menores-- que du-- rante el siglo XIX afectaron al sistema económico. NIVEAU llega a individualizar --siguiendo las ideas -- teóricas de JUGLAR respecto a los ciclos económicos-- las siguientes crisis del sistema capitalista en el -- siglo XIX: 1.825, 1.836, 1.847, 1.857, 1.866, 1.873, 1.882 y 1.890-92, lo que supuso que, aproximadamente, cada diez años se hizo patente un desajuste (Historia de los hechos económicos contemporáneos; Barcelona, -- 21 ed., 1.971; págs. 143 y ss.).

A nuestro entender, podrían identificar se perfectamente tres etapas en la evolución de las ideas en éste campo específico de la intervención del Estado - en la economía. Etapas que naturalmente se individuali--zan partiendo de un análisis cuidadoso de los diferentes textos jurídicos a cuya promulgación se asiste en las fechas indicadas, y cuyo significado y proliferación consti--tuyen indicios suficientes para la distinción general -- propuesta. La primera comprendería hasta el comienzo de la guerra europea; la segunda, hasta el fin de la última contienda mundial, y la tercera hasta nuestros días.

Es en Alemania donde, en primer lugar, cabe detectar los síntomas que configuran la primera eta--pa. Este país, que experimentó una expansión económica - espectacular después de la guerra de 1.870-1.871, llega -- como dice ALBERTINI (31)- con retraso a la conquista colonial y no logra asegurar sus mercados exteriores. -- Por otra parte, la industrialización del país era aún -- muy reciente para proporcionarle un mercado interior su--ficiente. Su industria siderúrgica, que rápidamente se -- convierte en una de las más poderosas del mundo, hubiera podido conocer una crisis muy grave si no hubiera sido - por el estímulo del rearme y de la guerra. El gobierno - comienza a dictar una série de medidas que implican, pri--mero con cierta timidez, después más abiertamente, un -- abandono del tradicional principio de neutralidad, reglamentando las condiciones de trabajo, la organización de los servicios financieros, la congelación de los precios de ciertos productos, etc.

Esta política "reglamentista" durará -- hasta la guerra de 1.914-1.918, que marca el comienzo de

(31) Los engranajes de la economía; Barcelona, 3ª ed. -- 1.969; págs. 166-167.

El constante aumento del número de las "normas económicas" dictadas espoleó a la doctrina jurídica en el camino de la búsqueda de una "filosofía" común de las mismas. Así, como pone de relieve el profesor ANTONIO POLO (32), el 23 de noviembre de 1.912, al pronunciar su lección inaugural como profesor ordinario de la Universidad de Jena, proponía LEHMANN, no sin cierta audacia para aquel momento, la creación de un "Derecho industrial" separado y distinto del Derecho mercantil, idea que -como casi todas- tenía ya precedentes -- (33).

Nuestro país no constituyó una singularidad en el nacimiento de éste "inaudito derecho excepcional". Aunque no muy numerosas, se encuentran disposiciones que confirman la idea. El Arancel de 1.906, la Ley de Protección a la Industria Nacional de 1.907 (34)

-
- (32) El nuevo derecho de la economía. en Rev. Derecho mercantil, 1.946; pág. 379, nota nº 5.
- (33) Señalan como precedente JACQUEMIN y SCHRANS (Le droit économique; París, 2ª ed., 1.974; págs. 6 y ss.) la obra de P.J. PROUDHON "De la capacité politique des classes ouvrières" publicada en 1.865, en la que elabora y utiliza por vez primera una noción del Derecho económico que implicaría una reorganización de la sociedad con vistas a lograr una "conciliación -- universal" y se basaría en la aplicación de la justicia a la economía política. Esta idea sería recogida más tarde por LEVI, un autor italiano que publica en Roma, en 1.886, un libro con el sugerente título "Il Diritto economico", en el cual -como escribe POLO (El nuevo Derecho, cit.; pág. 378)- en nombre de una más alta justitia social, se intentaba reducir a unidad una gran parte del Derecho público y privado y de la Economía Política. OTERO DIAZ (La influencia de la economía en el Derecho; Madrid, 1.966, págs. 12 y ss.) cita, también como precedentes, las obras de MINGHE-TTI M., Des rapports de l'economie publique avec la morale et le droit, París, 1.863, y de RIVET F., Des rapports du droit et de la legislation avec l'economie politique, París, 1.864.
- (34) Al decir de LARRAZ, con ésta disposición se inicia - una política en la que el Estado no jugaría solo papel de legislador ("La integración europea y España", en Estudios sobre la unidad económica de Europa, tomo IX, Conclusiones; Madrid, 1.961, págs. 467 y ss.).

y la reguladora de los ferrocarriles secundarios de 1.908, constituyen pruebas suficientes. Por otra parte, la noción de "planificación económica", tan querida en la actualidad, no deja de hacer un tímido acto de presencia en éstas primeras fechas del siglo (Plan Gasset de 1.902 sobre Canales y Pantanos; en 1.909 aparece el Plan de Trabajos Hidráulicos).

La doctrina patria del tiempo no se ocupó en absoluto, tal vez porque no llegó a captar su sentido o porque globalmente carecían de él, en analizar la presencia general de las normas reseñadas, quedando relegada su noticia a una simple anécdota jurídica sin otra trascendencia.

Iniciada tímidamente la intervención estatal en el campo de la economía "fué la Guerra de 1.914 a 1.918 -modesto ensayo de guerra total-, con la profunda -- conmoción que en los órdenes económico y jurídico trajo -- consigo, la llamada a preparar el ambiente para que en él pudiera germinar la nueva idea" (35).

El comienzo del conflicto europeo encuentra la situación económica en una de sus fases depresivas. Crisis de confianza, crisis bursátil, desorganización de los transportes interiores, perturbación de los intercambios internacionales, desajustes gravísimos en el sector agrícola y en el industrial; tal supone la "ruptura de los mecanismos" que nos describen GILLAUME y DELFAUD (36). Unánse a éste panorama los problemas derivados de la financiación de la contienda y la gestión de la economía de guerra y obtendremos una visión bastante completa acerca de las circunstancias en que el Estado debió hacerse cargo de las riendas de la economía en los países implicados en el conflicto; que fueron todos, porque directa o indirectamente sus consecuencias a todos afectaron incluido, por supuesto,

(35) POLO A., El nuevo Derecho, cit.; pág. 379.

(36) Nouvelle histoire économique, cit.; tomo II: le XX --

nes cobró, entonces, un sentido nuevo y se acentuó en adelante inexorablemente.

Como recuerda POLO (37), las disposiciones sobre moratorias, incautaciones y requisas; la intervención, militarización y nacionalización de fábricas e industrias de interés para la defensa nacional; las medidas encaminadas a la protección de la moneda; la distribución contingentada de materias primas; el racionamiento de los artículos de primera necesidad; etc., constituyen el "cuerpo" de un nuevo Derecho, el "Derecho de la economía de guerra", cuyas notas más características son la "excepcionalidad", la "necesidad", la "urgencia", la "transitoriedad", la "minuciosidad" y la "fragmentariedad", a las que en ocasiones podría añadirse la "contradicción" entre las mismas normas.

La paz significa a menudo, para los gobernantes, un retorno a las ideas y costumbres del pasado. Pero ello, casi siempre, es imposible. Las dificultades que entraña, por ejemplo, la desmovilización; las crisis políticas internas que cada conflicto bélico comporta; el estancamiento de la actividad productiva; las reacciones a nivel internacional, constituyen las causas de un cambio, a veces violento, de los planteamientos y soluciones de tiempos pretéritos.

Esta regla general también se cumplió con el fin de la guerra europea, aunque con una peculiaridad digna de subrayarse.

El mundo económico, que hasta la guerra, se había unánimemente regido por unos principios esencialmente liberales, se encuentra al final de la contien

(37) El nuevo Derecho, cit.; págs. 380-381.

sa con que en uno de los países directamente implicado en ella, se ha producido un cambio político de incalculables consecuencias mundiales. Nos referimos a la Revolución soviética que derrocó, en octubre de 1.917, - el régimen zarista e instauró, no sin grandes dificultades, un sistema de economía socialista en el cual -- los fines políticos y los económicos llegaron a amalgamarse de tal forma que se confundieron en la realidad. Los Decretos de 26 de octubre y de 14 de noviembre de 1.917 y el de 28 de junio de 1.918 significaron la desaparición del sistema político y de la organización económica del pasado (38).

Los países cuyos dirigentes pretendieron continuar la línea económica del pasado, se vieron -- obligados -- más que nada por la presión social que se -- produjo, acrecentada como consecuencia del cambio operado en la URSS (39)- a tratar de atemperarla a los -- nuevos tiempos y de ahí que el Estado no devuelva todas sus anteriores prerrogativas a la iniciativa privada, conservando amplias parcelas de poder, de las que en adelante no abdicaría jamás.

Surge así, en las dos direcciones apunta

- (38) Por el primero se decreta la abolición de la propiedad de la tierra y se establece el principio de que su producto pertenece a los que la cultivan. El segundo instauro el poder y control obrero en las fábricas. El tercero se refiere a la nacionalización de los demás resortes de la economía. La aplicación práctica de estas disposiciones constituye el origen de las disensiones surgidas entre los líderes de la Revolución triunfante: Lenin, Trotsky y Bujarin.
- (39) Los años 1.919-1.920 estuvieron marcados por las crisis sociales, cuya violencia no se explica por la -- evolución material de los trabajadores durante la -- guerra, sino por su tendencia a la mejora constante. Se traduce así tanto la insatisfacción de los antiguos combatientes, que juzgan que sus sacrificios no les han sido reconocidos, y la inquietud de los asalariados ante el fuerte proceso inflacionista, como la influencia de la revolución bolchevique (GUILLAU ME y DELFAUD, Le XX siècle, cit.; pág. 35).

vas normas legales, que podrían reconocerse como el "Derecho de la economía de la paz" (40).

Los autores, principalmente alemanes - (41), comienzan a preocuparse por establecer principios generales acerca de esa nueva selva legislativa nacida al calor de las excepcionales circunstancias que se dieron por entonces, tratando de elaborar una a manera de teoría sobre el llamado "Derecho de la economía".

No obstante, habrían de ser las catastróficas consecuencias de la conocida como la "gran crisis de 1.929" en sus tres aspectos, financiera (42),

(40) POLO, El nuevo Derecho; cit. págs. 381, y nota 6 de la pág. 380.

(41) JACQUEMIN y SCHRANS, Le Droit économique, cit.; pág. 7; POLO, El nuevo Derecho, cit.; págs. 378 y 387, y notas 4, 6 y 7, contienen una cita de la doctrina alemana.

(42) Las principales manifestaciones de la crisis financiera son las dos siguientes: a) la crisis bursátil y b) la crisis crediticia.

Por la índole de nuestro trabajo, estimamos interesante concretar algunos por menores sobre la primera, aunque sea en unos términos muy generales.

Ya en 1.928 se observó un aumento inquietante de la especulación bursátil en el mercado de valores norteamericano, debida fundamentalmente a las operaciones conocidas con los nombres de "margin buying" y "short sale" (es decir, las realizadas con préstamos en dinero o en títulos), que establecen una cadena de operaciones crediticias -Agente de Bolsa y cliente, Agente de Bolsa e institución financiera- en las cuales la política seguida por el Sistema de la Reserva Federal -organismos encargado de la política monetaria- incide de forma determinante. La existencia de Sociedades de inversión mobiliaria agravó el riesgo, porque una baja en los valores de su cartera conlleva una baja en la cotización de sus propios títulos.

En 1.928 el Sistema de la Reserva Federal fué generoso en su política crediticia, porque pretendieron prolongar la expansión de años anteriores, aunque al pretender controlar el boom financiero-bursátil, inició una política vacilante que influyó, en febrero de 1.929, en la restricción drástica de los préstamos de compra de valores. La subida del tipo de interés y la presión oficial sobre la banca, provoca una baja en las cotizaciones de bolsa que se traduce en pérdidas tan elevadas que el inversionista, desmora-

económica (43) y social (44), y la secuela de disposiciones aparecidas en cada país para intentar enfrentarla, - las causas primordiales que espolearon a la doctrina jurídica para profundizar en la dirección emprendida.

En el periodo entre ambas guerras surge, junto a los dos movimientos enunciados, un nuevo modelo económico derivado de la presencia en el panorama políti-

lizado, contagia su pesimismo al resto de las actividades económicas, provocando, o ayudando a provocar la crisis económica y social más importante de los últimos tiempos.

Los índices bursátiles acusan el descenso de las cotizaciones en el New York Stock Exchange, en los términos siguientes:

AÑOS	INDICE DOW JONES	INDICE NEW YORK TIMES
1.929	115'43	251'08
1.930	95'64	199'59
1.931	55'47	125'09
1.932	26'82	57'81

El martes 29 de octubre de 1.929, día de la baja más pronunciada, ha quedado inscrito en los anales de la historia bursátil como la fecha representativa por excelencia de éste agitado periodo del mercado de valores./

- (43) La crisis económica reconoce también como causa primordial, la restricción crediticia que afecta tanto a las unidades de producción, como al consumo, basado en gran parte en el crédito. La disminución del consumo produjo un debilitamiento de la demanda que provocó un estancamiento en la producción. SAUVY A. (Histoire économique de la France entre -- les deux guerres; París, 1.965; tomo II, pág. 327) señala que la producción industrial mundial evolucionó en los términos siguientes:

AÑOS	INDICES DE PRODUCCION
1.928	100'-
1.931	87'3
1.932	74'3
1.933	83'5
1.934	91'7
1.935	103'2

- (44) La crisis social se manifestó en la pérdida del poder adquisitivo del salario por un lado y en las altísimas cifras de paro alcanzadas por otro, ya que - llegó en Alemania a ser del 40'5% de la población activa, en USA del 37'5%, en Francia del 26'5%, en Italia del 21'6% y en Inglaterra del 8'6%.

lia fascista y la Alemania nacional-socialista, surgidas en 1.921 y 1.933, tratan de reestructurar su maltrecha -- economía escogiendo un "tercer camino" que, huyendo de -- las incertidumbres del liberalismo y de los excesos burocráticos de los soviets, entregase al Estado los resortes del poder y la dirección económica para establecer un cuadro en el que la iniciativa privada se desarrollase dentro de los cauces marcados por aquel (45).

Nos encontramos así, frente a tres ordenamientos legales de diferente signo, pero en los que se -- adivina un denominador común: reglar la intervención del Estado en la economía. Keynes representa la tendencia neoliberal, y su influencia en los años inmediatamente anteriores y los siguientes a la guerra mundial está fuera de toda duda. No consideramos que éste sea el lugar adecuado para que nos ocupemos de sus ideas, por otra parte bien divulgadas y conocidas (46). La autarquía que rusos, italianos y alemanes impusieron como meta de su organización económica ha sido también sobradamente analizada como para justificar que no sea aquí recordada. La política económica consagrada en USA por el Presidente Roosevelt (New Deal) para intentar salvar el sistema capitalista, enfoca con nueva óptica los problemas surgidos de la misma dinámica de su funcionamiento, accionando un importante conjunto de medidas intervencionistas de gran trascendencia (47).

(45) Nos remitimos a GUILLAUME y DELFAUD, Le XX siècle, - cit.; págs. 130 y ss.

(46) Para un conocimiento compendiado de las ideas de Keynes, Vid. PREBISCH R., Introducción a Keynes; México, 1.960.

(47) Entre las principales cabría citar, las dictadas en materia bancaria y crediticia (The emergency Banking Act de 9 de marzo de 1.933; The Agricultural Adjustment Act de 12 de mayo de 1.933; Banking Act de 16 de junio de 1.933), industrial (National Industrial Recovery Act de 15 de junio de 1.933) y financiera - (Securities Exchange Act del año 1.933) por la que creó la Securities Exchange Commission, organismo fundamental en material bursátil y empresarial.

rra europea y de tal actitud obtuvo abundantes frutos en lo económico (48), pero no se libró de sus salpicaduras ni en el terreno de las ideas ni en el de la realidad social (49).

Como ha puesto de relieve MARTINEZ CUA--DRADO (50) el regeneracionista Maura, el no menos regeneracionista Cambó, y el archiregeneracionista general Primo de Rivera, impulsaron en distintas épocas la intervención estatal en los procesos económicos, rompiendo sucesivamente la unilateral tesis del Estado no intervencionista.

De éste periodo data el Real Decreto de 13 de junio de 1.916 que, obligando a convertir en nominativas las acciones de las sociedades navieras (arts. - 1º y 2º), impone la necesidad de comunicación a la Administración en toda transferencia de éstos títulos (art. 4º) y la limitación del porcentaje que pueden adquirir - los extranjeros (art. 5º).

Pero, a los efectos de nuestra exposición, merece subrayarse la especial relevancia de las normas - que comenzaron a dictarse en 1.928, estableciendo la in-

-
- (48) Sobre todo en el terreno de las actividades industriales y mineras, comercio exterior y finanzas, que no en la agricultura. Sobre estos resultados vid: LACOMBA J.A., Introducción a la Historia económica de la España contemporánea; Madrid, 1.969; págs. 383 y ss.
- (49) Sobre los conflictos sociales de la época nos remitimos a PADILLA A., El movimiento socialista español; Barcelona, 1.977; págs. 144 y ss.
- (50) La burguesía conservadora (1.874-1.931), en Historia de España Alfaguara, cit.; tomo VI; 1.974; págs. 520 y 521.

do ello como consecuencia de la especulación internacional de alza de la peseta en los dos años inmediatos anteriores (52). La evolución legislativa de la política del control de cambios en nuestro país se expondrá ampliamente con posterioridad y sería superfluo examinar ahora la cuestión. A través del mecanismo ideado y de otras normas de gran interés (vgr.: ley de Ordenación bancaria de 29 de diciembre de 1.921, refundida en 1.927) se va perfilando un acelerado proceso de intervencionismo económico que, con el tiempo, desembocará en un acentuado "dirigismo".

La política económica se convierte -como escribe TALLADA (53)- en economía dirigida, y con ella, quiere el Estado moldear, con arreglo a las puras conveniencias colectivas, el organismo todo de la Economía Nacional, acabando más o menos radicalmente con los principios fundamentales que hasta ahora rigieron la economía de la empresa (54).

La crisis de 1.929 afectó seriamente a nuestra organización económica, hasta un punto tal que

-
- (51) Esta temprana aparición de la intervención en el campo monetario contradice la afirmación de VIGNES, según el cual parece que fueron los países de la Europa Central y Oriental los primeros que aplicaron estas medidas (Bulgaria en 1.929; Austria, Grecia y Suiza en 1.931) (Organisation Administrative du Control des Changes, cit.; pág. 2). En España, ya en 1.912 - el Ministro Navarro Reverter presentó un proyecto de ley que se ocupaba de ésta cuestión (OLARIAGA, La política monetaria, cit.; pág. 111).
- (52) OLARIAGA, La política monetaria, cit.; pág. 117.
- (53) La política económica en los tiempos de crisis; Barcelona, 1.940; pág. 50.
- (54) Sobre el contenido y utilización de los términos "intervencionismo" y "dirigismo", nos remitimos a BAENA M., Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía; Madrid, 1.966; págs. 32 y ss.

-como ha puesto de relieve TAMAMES (55)- contribuyó no poco al hundimiento de la Dictadura y a la instauración del régimen republicano en España.

El advenimiento de la segunda República (14 de abril de 1.931) marca, pese a su pretendido carácter burgués y liberal, una acentuación de la política intervencionista, subrayando su aspecto socializante (baste recordar las disposiciones dictadas sobre reforma agraria (56), arrendamiento rústicos (57), la creación del Consejo ordenador de la Economía nacional y del Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorro, las normas de trabajo (58), etc.). En el específico campo en que nos movemos hay que recordar, por ejemplo, el Decreto de 16 de febrero de 1.932, por el que se prohíbe a los extranjeros la adquisición de obligaciones hipotecarias con la garantía de fincas rústicas, o la ley de 23 de octubre de 1.935 sobre adquisición de bienes inmuebles por extranjeros (en vigor todavía), etc.

Cuando en la mayoría de los países eu

-
- (55) La República, la era de Franco; Historia de España Alfaguara, cit.; tomo VII, 3ª ed., Madrid, 1.974; págs. 94 y ss. Vid: LACOMBA, Introducción a la Historia, - cit.; págs. 401 y ss.
- (56) Decreto 19 de mayo de 1.931 (agrupaciones de obreros agrícolas); Decreto de 7 de mayo de 1.931 (laboreo - forzoso); Ley de 9 de Septiembre de 1.932 (reforma agraria); Ley de 21 de diciembre de 1.935 ("yunteros"); Decreto de 9 de enero de 1.935 (expropiación); Ley de 1 de agosto de 1.935 (reforma agraria). Sobre el tema nos remitimos a PECES BARBA G., Ley de Reforma agraria; Madrid, 1.933, y BENAVIDES L. La política económica en la segunda República; Madrid, 1.972; -- págs. 77 a 116.
- (57) Decreto de 29 de abril de 1.931 (congelación de los contratos de arrendamiento); Decreto 28 de abril de 1.931 (de "términos municipales"); Ley de 15 de marzo de 1.935 (sobre arrendamientos rústicos).
- (58) Decreto de 1 de julio de 1.931 (sobre jornada de trabajo), Ley de 21 de noviembre de 1.931 (contratación laboral), Ley de 27 de noviembre de 1.931 (jurados mixtos).

gir económico -situación a la que no creemos sea extraña la acelerada psicosis pre-bélica que se estaba vi-- viendo-, España se convulsiona en la mayor tragedia que ha conocido a lo largo de su historia como nación. La guerra civil, que durante tres largos años sumió en el luto a los españoles, destruyó su patrimonio económico y arruinó su dinamismo (59), representó -con la victoria "del bando nacional"- la adscripción del régimen político al grupo de los Estados totalitarios, lo que en el terreno económico desembocó en un afán dirigista como nunca se pudo prever.

La ruptura de las hostilidades en -- 1.939, que abriría el amargo capítulo de la última guerra mundial, constituyó, para nuestro país, un factor decisivo en la política de autarquía emprendida. El aislacionismo del régimen, que siguió a la victoria aliada, contribuyó notablemente a acentuar el camino emprendido en tal dirección.

A lo largo de los veinticinco años -- que siguieron a 1.936, asistimos al nacimiento de todo un cúmulo ingente de normas legales que configuran el desideratum expresado en el deseo de conseguir una "economía sirviendo irrevocablemente a los fines políticos del Estado" (60); idea que se estableció genéricamente en las declaraciones contenidas en el Fuero del

(59) Sobre las vicisitudes económicas de cada bando conteniente y sus implicaciones internacionales, nos remitimos a TAMAMES, la República, cit.; págs. 327 y ss. y BENAVIDES L., La política económica en la segunda República, cit.; págs. 163 y ss.

(60) AREILZA, J.M., La economía española y la sindicación industrial; conferencia, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1.940; pág. 6. Una exposición de la "política legislativa" de estos primeros tiempos puede verse en POLO, El nuevo Derecho, cit.; págs. 400-404.

esa multitud de disposiciones, del más variado signo, a que hemos hecho referencia (62) influyeron decisivamente en las relaciones jurídicas entre los mismos particulares en el ámbito civil o mercantil (leyes de -- arrendamientos, relaciones laborales, sociedades, crédito y banca, instalación de industrias, suministros de materiales y aprovisionamientos, operaciones de comercio exterior, etc.). Las excepciones al principio de -- autonomía de la voluntad (proclamado en el art. 1255 -- del Código civil) basadas en el interés público; la moderna configuración del derecho de dominio, e incluso las repercusiones en los derechos de familia y sucesiones -- puntos todos ampliamente analizados por SANTOS -- BRIZ (63)--, constituyen efectos inmediatos de esta normativa especial.

Concluida la guerra mundial (1.945) -- los Estados beligerantes, acuciados por la necesidad -- de reconstruir su aparato económico, se lanzan a una -- desenfrenada carrera en favor de adecuar sus estructuras a la dinámica que requieren las nuevas circunstancias, lo que se traduce en un replanteamiento total de los aspectos socio-económicos que configuraron la imá-

(61) Fuero del Trabajo (9 marzo 1.938), Declaraciones III, 4, y XII, 1; Fuero de los Españoles (17 julio 1.945), arts. 26,2 y 30,2.

(62) Afectaron a todos los campos del sistema económico. Podría citarse como compendio legal de la idea perseguida la ley de establecimiento y protección de -- industrias de interés nacional, de 24 de octubre de 1.939 y la ley de ordenación y defensa de la industria nacional, de 24 de noviembre de 1.939. Para un conocimiento integral de éste periodo, puede consultarse la obra colectiva de CUADERNOS PARA EL DIALOGO, Capitalismo español: de la autarquía a la estabilización (1.939-1.959), dos tomos, Madrid, 1.973.

(63) Derecho económico y Derecho civil; Madrid, 1.963; págs. 96 y ss.

gen de cada país. Sobre la base de la bipolarización de las ideas (economías de mercado y economías socializadas), surgen dos bloques de países que, partiendo de concepciones diferentes, se dirigen a un fin común: acelerar su desarrollo económico.

Pero los caminos a seguir, en cada caso, serían muy diferentes.

Los países occidentales que, siguiendo la pauta establecida por los Estados Unidos, se aferraron al patrón de la economía de "mercado", lograron - peseo a las dificultades coyunturales que acaecieron - en los años de postguerra (inflación y desajustes monetarios, sobre todo) - y debido al nuevo espíritu de solidaridad surgido de la contienda, y a los mecanismos en que éste se asentaba (Plan Marshall; acuerdos de Bretton Woods; O.E.C.E.; GATT; U.E.P., etc.) un crecimiento económico espectacular con una reducción de la amplitud de las fluctuaciones. La "vigilancia" ejercida, en unos casos, y la "actuación" subsidiaria o complementaria del Estado (importancia del sector público), en otros, lograron esa meta.

Los países del área socialista encontraron en el instrumento coactivo de la "planificación", el vehículo adecuado para su despegue y desarrollo posterior (64). Y los éxitos alcanzados han sido, también, - importantes.

Las últimas vicisitudes surgidas en la evolución económica de las áreas geográficas donde se reconocen cada una de éstas concepciones, son por demás conocidas para que nos ocupemos de ellas. Tan solo, y como

(64) Vid. NIVEAU, Historia de los hechos, cit.; págs. 401 y ss.

punto final de nuestro telegráfico recorrido, debe subrayarse el decidido empeño que en favor de una mayor integración económica se advierte, por una parte, en cada -- bloque económico (CEE; COMECON), y por otro lado, una mayor relación, de diferente grado, entre ambos y con los países del denominado "Tercer Mundo".

Esta integración y ésta interdependencia han reclamado la mayor atención por parte de los organismos legislativos de cada país, habiendo asistido a partir de los años cincuenta a la aparición de numerosas disposiciones que regularon las relaciones económicas entre agentes de comunidades nacionales diferentes, de los Gobiernos entre sí, y de éstos con los distintos organismos internacionales especializados.

Superadas las arduas dificultades surgidas de la postguerra y el subsiguiente aislamiento, la economía española, abandonando en parte su acentuado carácter de "sistema dirigido", inicia a fines de los años cincuenta un camino de liberalización que, en la hora -- actual, ha logrado la homologación con los sistemas vigentes en los demás países occidentales.

A partir de 1.959 asistimos a la "apertura" del sistema español, que se produce esencialmente con la aparición de las nuevas disposiciones sobre inversiones de capital extranjero (Decreto-Ley de 27 de julio de 1.959), cuyo objetivo primordial es el lograr la in--terrelación de nuestra economía con las del resto del -- mundo, posibilitando la mayor movilidad de los factores productivos. Desde ese año comenzaron a publicarse numerosas disposiciones que, al correr del tiempo, han ido -- constituyendo un auténtico cuerpo de doctrina legal con características bastante bien definidas y equiparables -- con todas aquellas otras que poseen un denominador común:

do de que tratan de "reorganizar" el sistema económico -- de tal forma que, para el logro de metas sociales concretas, se reglamentan con un nuevo sentido las condiciones en que se han de desenvolver las relaciones entre los diversos agentes económicos de nuestra comunidad (agentes económicos privados entre sí; de éstos con el Gobierno; las actividades del acrecentado sector público, etc.), -- tanto en sus actividades puramente internas como en las internacionales, y tanto en su aspecto microeconómico -- (a nivel de individuos y empresas) como en su óptica macroeconómica (la vida económica en su conjunto).

Se inserta así la organización española entre los sistemas conocidos bajo la rúbrica de "economía social de mercado", loque implica que, junto a la admisión del principio de la libre empresa, el Estado adquiere el compromiso de velar porque la actuación de los diferentes agentes no solo no se desvie sino que se atempera, y coadyuve, al logro de unos determinados objetivos de carácter eminentemente social, prioritarios según la opción política que se considere en cada caso.

Ya hemos puesto de manifiesto como, ante la aparición de éste conjunto de normas específicas, la doctrina no podía estar indiferente y como en los últimos tiempos se ha intentado profundizar acerca de su "sentido" y "naturaleza".

Surgen así otra série de cuestiones que, por afectar directamente a la I.E., espolean el interés del jurista en la investigación del tema. A las numerosas controversias de índole política, social o económica se añaden, con entidad propia, las que derivan de -- un específico tratamiento jurídico del argumento.

En estos o parecidos términos podría plantearse, globalmente, el aspecto jurídico de las operaciones de I.E.: las normas sobre I.E., como integrantes de éste nuevo conjunto legal de disposiciones de carácter esencialmente económico y reorganizador del sistema vigente, ¿han de ser consideradas con la óptica jurídica tradicional o requieren un tratamiento analítico -- distinto, peculiar y diferenciado?

Aún cuando pudiere parecer, a primera vista, que la contestación tiene un sentido más teórico que práctico, pensar de esta forma constituiría un -- grave error. Las consecuencias en el orden práctico que la respuesta imponga en el plano de la teoría, son de -- gran importancia por lo que pueda afectar, por ejemplo, a la interpretación y aplicación de las normas.

Y continuando con el argumento, cabría matizar aún más: éstas normas específicas ¿constituyen una categoría jurídica con sustantividad propia o -- son simples manifestaciones peculiares de otras categorías legales acuñadas desde antiguo por la doctrina?

Los autores, como hemos anticipado, se han ido ocupando del tema, y más en los últimos años, cuando el primitivo carácter "excepcional" y "transitorio" de las normas es sustituido por el de "normal" y -- "permanente". El Derecho de contenido esencialmente económico ha tomado carta de naturaleza en los ordenamientos legales más desarrollados. Por ello, la bibliografía de que disponemos es relativamente abundante (65).

(65) Para una visión global de la cuestión, nos remitimos a POLO (El nuevo Derecho, cit.; págs. 383 y ss.), - SANTOS BRIZ (Derecho económico y Derecho civil, cit. págs. 31 y ss.), JACQUEMIN y SCHRAUS (Le droit économique, cit.; págs. 52 y ss.). Además de algunos de los trabajos especialmente citados, podemos añadir entre los más recientes: FAR-

Si en los comienzos de la investigación jurídica se optó por estimar que las nuevas normas constituirían, antes que nada, la aparición de un "nuevo espíritu" en la interpretación de las categorías clásicas del Derecho (66), no puede negarse que, en tiempos posteriores, se va aceptando -con sus cautelas lógicas- que nos encontramos ante una nueva rama del Derecho que, en cierto modo, implica una revisión del esquema tradicionalmente admitido hasta el momento (67). Esta nueva es-

JAT' G., Droit économique; París, 1.971; GOMES O. y VARELA A., Direito econômico, Sao Paulo, 1.977; OLIVERA J.H., Derecho económico, concepto y problemas fundamentales, Buenos Aires, 1.954; MOORE MERINO D., Derecho económico, Santiago de Chile, 1.962; SUOBODA K., La notion de Droit économique. Etudes sur -- les conceptions récentes du droit économique en France et dans les pays socialistes, Nancy, 1.966; CHAMPAUD Cl., Contribution a la definition du droit économique, París, 1.967; CARTOU L., Le droit de l'économie, en la obra Introduction à l'étude du droit -- des Communautés européennes, Bruselas, 1.972. Numerosos artículos sobre el tema pueden encontrarse en la Revista Il diritto dell'economia.

- (66) HEDEMAN (cit. por POLO, El nuevo Derecho, cit.; pág. 385) partiendo de la consideración del espíritu de la época concibió lo que él llamó el Derecho de la economía, en sus primeros escritos, como una disposición fundamental del espíritu moderno, un simple estilo, una especial vibración, un tono o acento, - que constituye el rasgo fundamental de una era caracterizada y adejetivizada por el dominio de lo económico. Quiero ello significar que las relaciones jurídicas ofrecen hoy un carácter económico más acusado. Lo típico y característico de nuestro tiempo es contemplar y sentir todas nuestras relaciones bajo un prisma económico. Dentro de éste grupo, cita también el profesor POLO, los cultivadores de la llamada "jurisprudencia sociológica" (RUMF, GEILER, KRONSTEIN, WESTHOFF, NIPPERDEY) y cabría también incluir, con matices, a NUSSBAUM, citado por SANTOS BRIZ (Derecho económico y Derecho civil, cit.; págs. 31 y ss.) y a JACQUEMIN (Pour une nouvelle approche du droit économique, en Revue du Marché Commun, París, 1.967, págs. 439 y ss.).
- (67) OLIVERA estima que ambas posturas son perfectamente conciliables pues al Derecho económico como rama especializada pertenece ahora el papel como centro -- formador de principios, que antes tocaba a otros -- sectores. Ese espíritu nuevo que denuncia la primera corriente no puede ser, en sustancia, sino fruto de la irradiación y generalización, a todo el sistema del Derecho de los principios e institutos del -- derecho económico en el segundo sentido (Derecho -- económico, cit.; pág. 5).

recho de la economía" para adoptar, y popularizar con posterioridad, matizando los límites de su contenido, el título de "Derecho económico" (68).

Fué la observación atenta de las características que confluyen en las nuevas normas, las que -- obligaron a la doctrina a una toma de posición en el sentido indicado en segundo término.

En efecto, se adivinan como sus notas -- más peculiares, las siguientes:

1ª) Carácter instrumental. La regla de Derecho se concibe --como indican JACQUEMIN y SCHRANS (69)-- como un instrumento destinado a ejercer lo más eficazmente posible ciertas funciones que afectan directamente a la economía. Se concibe la norma jurídica al servicio de la economía.

2ª) La extraordinaria movilidad de las reglas. La necesidad de adaptación a las cambiantes necesidades de la economía, aportan ésta característica netamente diferenciada de las ramas tradicionales del Derecho, confiriéndole un carácter sistemático, en el que la labor

(68) En Alemania continua utilizándose la expresión "Wirtschaftsrecht" (Derecho de la economía) que popularizará HEDEMANN, locución que igualmente utilizan los autores italianos (Diritto dell'economia). La generalidad de los autores prefieren aludir a "Derecho económico" (Francia, autores hispanoamericanos, belgas, etc.) y no faltan quienes lo identifican como el "Derecho de los negocios" (Droit des affaires en Bélgica y Francia; "business law" en Inglaterra) y aún con el "Derecho socio-económico", tal y como sucede en Holanda (sociaal-economisch recht). En los países subdesarrollados se ha acuñado la expresión de "Derecho del desarrollo", connotación que sugiere la reordenación del orden económico en la finalidad prioritaria de lograr el desarrollo económico de cada comunidad.

(69) Le droit économique, cit.; pág. 96.

de adaptación es principalmente obra de la jurisprudencia (70).

3ª) La imperfección técnica, derivada por una parte, de la ingente proliferación de normas que requieren los variadísimos aspectos del sistema económico de un país, y por otra -como apunta SANTOS BRIZ (71)- de la complicación que representa su preparación técnico-jurídica y la dificultad que supone el que la elaboración y publicación de tantas normas recaiga sobre órganos legislativos propiamente dichos, y de que éstos -se ocupen a fondo de ellos. De ahí la inclinación a ceder esa tarea a la Administración, en cuyos centros se delega esta especie de facultad legislativa, con los inconvenientes que ello acarrea (centralización, incongruencias, complejidades, etc.).

4ª) Otras características puestas de manifiesto por la doctrina son la "plasticidad" de los conceptos utilizados (JACQUEMIN y SCHRANS señalan como --ejemplos "el juego normal" de la concurrencia, la naturaleza "indispensable" de ciertas restricciones, las "dificultades particulares" que justifican una modificación de tarifas aduaneras, o las "dificultades graves y persistentes", etc.), o el "ser un Derecho desprovisto de contenido ético" (SANTOS BRIZ la argumenta, aunque no la comparte, al señalar que en su promulgación se siguen consideraciones de oportunidad vinculadas al momento en que se dictan), o el responder a situaciones "anómalas" de la vida económica (72) (lo cual, a nuestro entender,

(70) OLIVERA (Derecho económico, cit.; pág. 77) señala -que así como las normas de derecho civil, comercial, penal y aún administrativo son "normas de estructura", las del derecho económico son "normas de coyuntura, de situación".

(71) Derecho económico y Derecho civil, cit.; págs. 48 y 49.

(72) SANTOS BRIZ, Derecho económico y Derecho civil, cit.; pág. 50.

Se trataría, en suma, de lo que -con frase certera de HAURIOU (73)- se denomina el "derecho de la -- aleatoriedad", el encuadramiento jurídico de la incertidumbre.

Ahora bien, admitidas sus principales notas identificadoras, la doctrina ha tratado de encontrar un criterio válido para delimitar conceptualmente ésta -- nueva rama del Derecho.

Si se observa el sentido que cada autor -- confiere al "nuevo Derecho", podrían encuadrarse las -- ideas expuestas, a efectos sistemáticos, en una triple clasificación:

a) El "sujeto" de las nuevas normas constituye el criterio básico diferenciador de ésta rama jurídica (criterio subjetivo).

Primeramente LEHMANN (1.912), después KASKEL (en 1.921) y en 1.939 el suizo HUG (74) fijaron su atención en la idea de que el Derecho económico incluye un conjunto de normas, de Derecho público y Derecho privado, que rigen la existencia y actividad de un específico sujeto de derechos y obligaciones: la empresa. Esta noción ha sido desarrollada modernamente por FREDERICQ y MARMOZ en Bélgica (75) y en Francia por CHAMPAUD (76). -

(73) Le droit administratif de l'aléatoire; París, 1.970; pág. 167.

(74) Cit. por OLIVERA (Derecho económico, cit.; pág. 8).

(75) Cit. por JACQUEMIN y SCHRANS (Le droit économique, - cit.; pág. 61).

(76) Cit. por JACQUEMIN y SCHRANS (Le droit économique, - cit.; pág. 57).

En éste sentido el Derecho económico sería el conjunto de reglas jurídicas aplicables a las empresas que participan en la actividad económica, y que presentan un carácter de Derecho público o de Derecho privado (FREDE-
RICQ). Bajo tal prisma, constituirían materia específica del nuevo Derecho los tres sectores en que se manifiesta la actividad empresarial: en sus estructuras y funcionamiento interno (relaciones entre trabajadores, dirigentes y capitalistas; estructuras organizativas; gestión, y dominio patrimonial; contabilidad), en sus relaciones con otras empresas (concentración, integración, concurrencia) y en sus relaciones con el Poder público (rúbrica en la que distingue CHAMPAUD entre reglas de orden público económico -en las que el Poder público interviene como guardián del orden: reglamentación de la concurrencia, de los monopolios, del abuso de poder económico, de las propias empresas en función de su objeto- y reglas relativas a la dirección de la economía -reglamentación de precios, del crédito, normas fiscales de estímulo económico, política de inversiones y rentas, etc.-).

Dentro de esta concepción no podemos dejar de hacer referencia a la idea de GOLDSCHMIDT -- (77) que, corriendo el tiempo, alcanzaría una trascendencia práctica de primera magnitud, según tendremos ocasión de examinar posteriormente.

El autor alemán, al que se suma RADBRUCH, configura el Derecho de la economía organizada bajo el prisma decisivo de la consideración del "Estado como empresario". Apunta POLO que fácilmente se advierte que ésta posición desemboca en un fenómeno de excepcional

(77) POLO, El nuevo Derecho, cit.; pág. 391.

gravedad, que podría conducir fácilmente a un régimen de economía colectiva, en cualquiera de sus formas, capitalismo o socialismo de Estado.

b) Identificación en función del "objeto" (criterio objetivo).

Cabría citar como autores que defienden prevalentemente la identificación objetiva a SIBURU (78) en Argentina y HOUIN en Francia (79).

Como razona el autor argentino, los hechos sociales están sometidos al Derecho, son, por tanto, hechos jurídicos. Pero muchos de ellos, perteneciendo simultáneamente a la clase de los hechos económicos, revisten el doble carácter económico-jurídico. Esta propiedad requiere una legislación diferenciada que se adecue plenamente a la naturaleza especial de tales hechos. Estas normas no son otras que las del Derecho económico, y se aplicaría a lo que el autor citado denomina "derecho de la producción" (que se equipara al de las relaciones laborales), "derecho de la distribución" (reparto de la riqueza, modalidades de la propiedad) y "derecho del consumo" (cuestiones relativas al "ius abutendi"). El "derecho de la circulación" entraría, por el contrario, en la esfera del Derecho mercantil.

HAMEL (80) tan solo considera como objeto del Derecho económico los procesos de "producción" y de "circulación" de la riqueza. HOUIN trata de enume--

(78) SIBURU J.B., Comentario del Código de comercio argentino precedido de una generalización del Derecho comercial; Buenos Aires, 1.933, tomo I; págs. 11 y ss.

(79) Cit. por JACQUEMIN y SCHRANS, Droit économique, cit.; pág. 53.

(80) Traite de droit commercial; Paris, 1.954; tomo I, - pág. 14.

parte de este Derecho especial: nacionalizaciones, em--presas públicas, planificación indicativa, política fi--nanciera externa, control de cambios, precios, acuerdos económicos, prácticas comerciales prohibidas, abusos de posición dominante, descentralización industrial, aso--ciación del personal a las actividades de las empresas. Para JEANNENEY y PERROT (81) se incluiría en la relación anterior -referida a Francia- el estatuto de la Banca -central, la reglamentación de diversos sectores económi--cos (acero, Agentes de cambio, seguros, bancos, produc--tos agrícolas, carbón, calzados, construcción, transpor--tes, etc.), los subsidios a la exportación, los monopo--lios comerciales del Estado, las disposiciones de polí--tica monetaria, los derechos de aduanas y las contingen--taciones, la fiscalidad, el crédito, el dumping, el es--tatuto del ahorro, las actividades económicas de los ex--tranjeros, el desenvolvimiento de las inversiones, los mercados públicos, los beneficios ilícitos, los traba--jos públicos, los valores mobiliarios, etc.

c) Caracterización en razón a la "filo--sofia" o al sentido que anima las normas (criterio fina--lista).

En general, los autores que, con mati--ces más o menos acentuados, admiten que el Derecho eco--nómico es un nuevo orden jurídico que regula de una for--ma especial la dirección o conducción de la economía, -deben ser incluídos en éste epígrafe (POLO, GARRIGUES, URIA, MOSSA, MERKEL, ASQUINI, D'EUFEMIA, MOENKMEIER, CO--TTELY, LAUTNER, MULDER) (82). FROMONT, recientemente

(81) Textes de droit économique et social français; Paris, 1.957.

(82) Por todos, POLO (El nuevo Derecho, cit.), OLIVERA - (Derecho económico, cit.) y JACQUEMIN y SCHRANS -- (Droit économique, cit.).

junto de reglas dictadas con una finalidad de política económica; criterio en el que coinciden plenamente el holandés VERLOREN (84), el alemán ZACHER (85), el italiano SACCHI MORSIANI (86) y el irlandés McMAHON (87).

Por nuestra parte, creemos que para explicar el fenómeno legal que se debate, debe partirse de la confluencia que existe en toda actividad económica de dos tipos de intereses: los de carácter privado y los de índole general y comunitaria. Y ambos han de conjugarse armónicamente, de forma tal que los segundos no ahoguen nunca a los primeros, ni que éstos puedan distorsionar a aquellos. Nos hallaríamos así ante la noción del "orden público económico" como uno de los conceptos fundamentales sobre los que se asentaría la construcción del Derecho económico.

Entendida en la forma señalada la armonía del sistema económico, es el Poder público al que compete, según las circunstancias, velar porque tal equilibrio no pueda ser perturbado. Esta es la misión del Estado y ahí radica la causa de sus intervenciones, repetidamente señaladas.

-
- (83) Rapport sur le droit économique français; Comisión de las Comunidades Europeas, Vol. 2; Bruselas, 1.973; pág. 13.
- (84) Rapport sur le droit économique néerlandais; Comisión de las Comunidades Europeas, Vol. 4; Bruselas, 1.973; pág. 14.
- (85) Rapport sur le droit économique en République Fédérale d'Allemagne; Comisión de las Comunidades Europeas, Vol. I; Bruselas, 1.973; pág. 25.
- (86) Rapport sur le droit économique italien; Comisión de las Comunidades Europeas; Bruselas, 1.973; Vol. III; pág. 11.
- (87) Rapport sur le droit économique irlandais; Comisión de las Comunidades Europeas; Bruselas, 1.977, Vol. VII; pág. 11.

ción acerca del equilibrio del sistema, condicionan determinadamente la actuación, y su incidencia, por parte del Estado. Las diferencias en éste sentido, por -- ejemplo, entre regímenes económicos liberales, socialistas o social-demócratas, son evidentes y de ahí que también lo sean forzosamente el grado de intervención y -- los instrumentos utilizados.

En los sistemas socialistas, surgidos a partir de la Revolución rusa de 1.917, las concepciones económicas dominantes estiman que el "equilibrio" -- radica, partiendo del principio de la supresión de la -- propiedad privada de los medios de producción (principio general), en la existencia de un sector público omnipresente con el que coexiste un sector privado, eminentemente artesanal (88). La traducción práctica de éstas ideas varía considerablemente de unos países a -- otros (89).

Los sistemas capitalistas, partiendo -- de una concepción opuesta (medios de producción, en -- principio, de propiedad privada), admiten igualmente la coexistencia de los sectores público y privado, pero -- con peso y estructuras muy heterogéneas (90). De ahí -- que se hable de sistemas capitalistas liberales, dirigistas, corporativos (el caso del Portugal salazariano) (91), totalitarios, etc., suponiendo que en cada uno el

(88) LAJUGIE J., Les systemes economiques; París, 1.964; págs. 91 y ss.; NIKITIN P., Manual de economía política; Madrid, 1.976; págs. 217 y ss.

(89) Las diferencias de concepción entre Rusia, Yugoslavia o China son muy notables. Vid. NIVEAU, Historia de los hechos económicos, cit.; págs. 427 y ss. y GARRIGOU-LAGRANJE A., Sistemas y estructuras económicas; Valladolid, 1.967; págs. 387 y ss.

(90) NIKITIN, Manual de economía, cit.; págs. 25 y ss.

(91) Vid. GARRIGOU-LEGRANJE, Sistemas y estructuras, cit.; págs. 449 y ss. Y LAJUGIE J., Las doctrinas económicas; Vilasar de Mar, 1.971; págs. 85 y ss.

peso" de la intervención del Estado es mayor o menor y que los instrumentos de que se vale pueden ser diferentes (el impuesto, los incentivos de cualquier orden, la empresa pública, la promulgación de planes vinculantes o indicativos, etc.).

Las reglas jurídicas que, en uno y otro supuesto, y en cada país tiendan a asegurar el equilibrio de su sistema de economía, constituirán el Derecho económico que rige en esa comunidad en concreto. En los sistemas colectivistas, prima facie, podría equiparse -- principalmente con las normas configuradoras de los "planes" que, periódicamente, fijan los criterios de la evolución económica en las diferentes naciones (92). En -- los sistemas capitalistas el tema tiene un planteamiento más complicado, porque también lo son sus propias estructuras.

Según hemos anotado anteriormente, hasta bien entrado el siglo XX, salvo contadas excepciones, el juego de los diferentes mecanismos económicos no respondía a más regla que la libertad, casi ilimitada, en busca de la obtención y consolidación del máximo beneficio posible.

Esta forma de ser del régimen capitalista daría lugar, ya desde la segunda mitad del siglo pasado, a la aparición de un nuevo factor con el que no -- contaron los viejos moldes locales del Derecho civil, -- del mercantil y aún del Derecho administrativo, que se

(92) Nos remitimos al excelente estudio de FARJAT, Droit économique, cit.; y a sus págs. 321 y ss. que concretamente tratan del Derecho económico en los países socialistas, en los cuales ésta materia constituye una de las principales disciplinas jurídicas. En éstos países el Derecho económico presente un alto -- grado de coherencia formal, en razón a la colectivización de los bienes de producción y al carácter -- obligatorio de la planificación.

ocuparon de "disciplinar" las relaciones económicas: nos referimos al llamado "capitalismo de grupo", oligopólico de concentración de empresas. Como ha señalado FARJAT -- (93), se trata del fenómeno decisivo del Derecho privado económico caracterizado por el crecimiento del tamaño de las empresas y por la correlativa disminución de su número, y que entraña la aparición de verdaderos "poderes -- privados económicos," cuya actuación distorsiona de hecho el libre juego de las fuerzas económicas. Es lo que ha descrito JACQUEMAIN (94) como "la capacidad para cambiar, mediante una conducta deliberada, las condiciones o los resultados económicos de los mercados de bienes y servicios, de tal suerte que se obtenga por ello una -- ventaja particular".

El Derecho privado no ha podido reaccionar contra ésta situación, porque en sus moldes no está prevista tal posibilidad. La voluntad del "grupo económico" no se impone de una forma ilegal, sino a través de -- cauces jurídicos que, dentro de la letra de la ley, contradicen el fin económico que el liberalismo capitalista predica, es decir, la libertad de contratación. Los casos de los llamados "contratos de adhesión" o de las "condiciones generales del negocio" son por demás significativos de ésta idea.

Ante un hecho como el descrito, evidentemente contrastado, el Poder público no podía permanecer impasible, pues con su inactividad podría dar lugar, paradójicamente, a que desapareciese la libertad económica como principio rector del sistema de economía de mercado, razón íntima del capitalismo.

(93) Droit économique, cit.; págs. 119 y 121.

(94) L'entreprise et son pouvoir de marché, cit. por FARJAT, Droit économique, cit.; pág. 168.

cesidad de que se produzca la intervención del Estado, - primeramente con el solo y exclusivo objeto de evitar éstas anómalas situaciones a las que dá lugar la concentración capitalista (actividad de prevención) para, poste-- riormente, adoptar una actitud beligerante en favor de - las categorías más débiles del mercado (actividad de promoción). En éste caso, nos encontramos ante el principio rector de la denominada "economía social de mercado" con que hoy se pretende rebautizar al régimen capitalista -- (95).

Las leyes anti-trust, la prohibición de dedeterminadas actividades comerciales, la reglamentación de las ententes y posiciones dominantes, los contratos re-- glados, la incentivación de determinados sectores econó-- micos, la imposición coactiva de las condiciones en de-- terminadas relaciones (laborales, por ejemplo), la sustitución de la actividad privada, etc. se inscriben en la órbita de la acción interventora del Estado.

Las normas que rigen aspectos como los an-- teriormente mencionados, constituyen reglas específicas de lo que, aceptando la doctrina tradicional, formarían parte de lo que denominamos Derecho público.

Así, pues, nos encontramos ante un campo - legal en el que, a pesar de su todavia un tanto imprecisa acotación, por influir en el mismo normas privadas y públicas, requiere un tratamiento unitario que reclama -

(95) Como pone de relieve FARJAT (Droit économique, cit.; págs. 231-232), la misma intervención del Estado implica por sí misma una serie de contradicciones, que sólo pueden admitirse si se tiene en cuenta la salvaguardia del "interés general" de la economía que debe presidirla. Sobre el tema, VARIOS-AUTORES, La economía de mercado; Madrid, 1.963, dos tomos.

hoy en día parte de la doctrina por entender que su importancia, como conjunto de reglas que ~~tienden~~ a asegurar el equilibrio entre los intereses particulares de los diferentes agentes económicos privados o públicos y el interés económico general (96), demanda una óptica jurídica nueva acompañada al tiempo y a las circunstancias que exige la dinámica económica y social actual. El Derecho económico se equipararía al de la organización -- equilibrada de la economía de un país, tanto en sus aspectos públicos como en los privados, y todos --siempre-- en función de las consideraciones unitarias que sugiera la política económica en cada momento y situación.

Configurado así su concepto --del que deriva la concrección de su propio contenido--, parece lógico -- pensar que nos encontramos ante una nueva categoría jurídica cuya adscripción a la tradicional dicotomía Derecho público-Derecho privado es inadmisibile. Si dejamos a un lado el sentido que habitualmente se ha dado a ambos términos y la trascendencia que en el orden científico tiene tal distinción (97), los diferentes criterios esgrimidos para su identificación (en razón del sujeto, del fin de las normas, el interés a proteger, a la posición que asumen los sujetos de la relación jurídica analizada, etc.) y la incuestionable indefinición de sus -- fronteras --acrecetada cada día más-- parecen abocarnos a admitir, con FARJAT (98), que nos encontramos ante -- una nueva disciplina que, participando de los caracteres del Derecho público y del Derecho privado, se inserta como una rama autónoma del sistema jurídico (99). El

(96) SAVY R., "La notion de droit économique en droit français" en Rev. Actualité juridique-Droit administratif; París, 1.971; pág. 132.

(97) Vid. DE CASTRO, Derecho civil de España, cit.; págs. 66 y ss.

(98) Droit économique, cit.;

(99) Esta cuestión, como puede suponerse, ha sido grande--

tema es interesante, pero creemos que su análisis debe escapar a nuestra consideración.

Más interés ofrece, en el momento presente, tratar de delimitar, en lo posible, la materia que constituye el contenido de ésta nueva rama jurídica. -- Las ideas vertidas sobre éste punto han sido también -- abundantes. A nuestro entender, la que ofrece mayor claridad es la enumeración que hacen JACQUEMIN y SCHRANS - (100), para los cuales los temas principales del Derecho económico pueden ser clasificados tomando como base las relaciones que se establecen entre las tres categorías de agentes económicos que caracterizan los sistemas económicos de mercado: el Estado, la empresa y los particulares. A tenor de ello proponen la siguiente ordenación:

1. El Estado y la empresa.

A) Relaciones internas de la empresa: a) reglamentación de las relaciones entre los miembros de la empresa (trabajadores, directores, aportantes o prestamistas del capital); b) reglamentación de la afectación patrimonial (contabilidad, gestión y control).

B) Relaciones entre empresas: a) reglamentación de las relaciones contractuales: reglamentación

mente debatida, siendo las opiniones muy encontradas. No obstante, es interesante recordar, con MIAJA, como ya en la Edad Media se desarrolló un doble Derecho - del comercio terrestre y de la navegación, el "ius mercatorum" que ni era del todo privado ni podía calificarse de estatal. No es del todo privado, en cuanto que las instituciones reguladas de éste carácter aparecen unidas en su nacimiento y desarrollo con - otros de marcado carácter público, la institución -- consular en sus diferentes modalidades (Ensayo de delimitación del Derecho Internacional económico; Valencia, 1.971; pág. 6).

(100) Le droit économique, cit.; págs. 94-95.

dustriales y comerciales -mercados, ventas especiales, -arrendamientos especiales, "engineering", licencias, "factoring", "leasing", etc.-; acuerdos de concentración -fusión, escisión, asociaciones parciales, grupos de sociedades, holdings, sociedad de sociedades o filiales comunes-; contratos de integración -concesiones, subcontratos, servicios comunes, cooperación-; b) reglamentación de las relaciones de concurrencia: concurrencia desleal; propiedad industrial; prácticas restrictivas -acuerdos, precios impuestos, descriminación, dumping-; monopolios y abusos de poder económicos.

C) Relaciones entre empresas y poderes públicos. Subvenciones, auxilios y reorganizaciones sectoriales; reglamentación de empresas en razón a su objeto -fabricaciones prohibidas, controladas o reglamentadas-; control sanitario o antifraudes, sectores claves; empresas de economía mixta; empresas públicas -nacionalizaciones-.

2. El Estado y la colectividad:

- A) Régimen de precios y de cambios.
- B) Política financiera y monetaria.
- C) Política fiscal.
- D) Política de rentas.
- E) Reglamentación de los cambios internacionales -cambio, aduana, contingentación-.
- F) Concertación entre los grupos sociales y los Poderes públicos.
- G) Planificación nacional y regional -consumo, ahorro e inversiones-.
- H) Administración económica -ministerios económicos; administración del Plan-.

viene a coincidir con la consignada en los diferentes --
"Rapports" que, sobre Derecho económico, han sido dados a
la publicidad por la Comisión de las Comunidades Europeas
(101), observándose en éstos algunas peculiaridades rela
tivas a aspectos muy concretos, hoy en día de gran utili
dad (102).

A los efectos de nuestro trabajo, que
remos consignar que -de acuerdo con el esquema anterior-,
quedaría encuadrada dentro del Derecho económico toda la
temática de las operaciones de inversión realizadas tan
to por las empresas públicas y privadas, como por los --
particulares dentro de los límites que corresponden a --
cada comunidad política considerada en particular. Las --
consecuencias prácticas que, a nuestro entender, se dedu
cen de ésta consideración pueden ser importantes.

1.2. EL DERECHO ECONOMICO EN NUESTRA DOCTRINA JURIDICA.

La escasa doctrina española que se ha
ocupado del tema (103) es mayoritariamente contraria a --

-
- (101) Nos remitimos a las notas números 83, 84, 85, 86 y 87 de este mismo capítulo.
- (102) Vgr.: la reglamentación contra la polución (Rapport italiano, pág. 113 y Rapport irlandés, pág. 114); ferias, mercados y Bolsas (Rapport alemán; págs. 155 y ss.), patrimonio artístico nacional (Rapport francés; pág. 70).
- (103) Vid. SANTOS BRIZ, Derecho económico, cit.; POLO, El nuevo Derecho, cit.; BAENA DEL ALCAZAR M., Régimen jurídico de la intervención administrativa en la -- economía; Madrid, 1.966; GUAITA A., Derecho administrativo especial, tomo III, Zaragoza, 1.967; SERRANO GUIRADO, El Derecho administrativo económico, Madrid, 1.963; VILLAR PALASI, La intervención administrativa en la industria, Madrid, 1.964; MANZANEDO, HERNANDO y GOMEZ REINO, Grupo de Derecho administrativo económico, Madrid, 1.970; MARTIN R. y SOSA F., Derecho administrativo económico, Madrid, 1.974; GARRIGUES J., Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo (Hacia un nuevo Derecho español de la economía), Madrid, 1.939.

admitir la existencia del Derecho económico, por entender que "no constituye más que un intento de sistematización general de la intervención del Estado en la economía" y - que "careciendo de un cometido especial y de un verdadero sistema de principios" (104) "está compuesto por normas - de naturaleza jurídica diversa" (105). Aquí -se ha escrito (106)- como en tantas otras ocasiones, confluyen y se entrecruzan -pero no desaparecen- el Derecho administrativo y el privado, de manera que son perfectamente detectables, caso por caso, tanto el Derecho administrativo, como el privado, pero no el -"hodie, nunc" fantástico- Derecho económico: siempre y en la medida en que en una relación jurídica esté presente la Administración en cuanto tal, allí hay Derecho administrativo; en caso contrario, se está en presencia del Derecho privado. Para otros autores la cuestión no puede ser zanjada sin más y adquiere - otro significado. Así ALVAREZ-GENDIN (107) escribe que la intervención del Estado en interés económico de la Nación presupone una regulación fundada en principios de Derecho público que origina, desprendido del Derecho administrativo y del mercantil, una nueva disciplina, el Derecho económico ... que participa del Derecho público y del Derecho privado, toma principios o representa normas del Derecho administrativo que pertenece al primer grupo, o del Derecho mercantil que pertenece al segundo, razón que obliga e enmarcarlo como disciplina científica y académicamente autónoma.

A nuestro entender, no se presenta el te

(104) BAENA, Régimen jurídico, cit.; págs. 53-54.

(105) SERRANO, El Derecho administrativo económico, cit.; pág. 31.

(106) GUAITA, Derecho administrativo especial, cit.; págs. 22-23.

(107) Tratado general de Derecho administrativo; Barcelona, 1.958, tomo 1; págs. 172 y 173.

dos.

Las fronteras entre el Derecho administrativo y las demás categorías de un sistema jurídico no son - lo nítidas que fuera de desear. El tema ha sido objeto, desde siempre, de viva polémica sin que se haya logrado establecer un criterio ampliamente satisfactorio. Basta ojear cualquiera de los manuales de Derecho administrativo para percatarse de ésta realidad.

Creemos que para comprender el nacimiento - del Derecho económico y su propia sustantividad frente - al Derecho administrativo, hay que partir de admisión de un hecho que parece incuestionable: la intervención de - los Poderes públicos en el campo de la vida económica de un país ha sufrido, en los últimos tiempos, una transfor- mación cuantitativa y cualitativa de extraordinaria im-- portancia. La Administración interviene cada vez en ma-- yor medida, pero interviene cada vez más utilizando "téc- nicas" antes ignoradas, tal vez porque los motivos que - las han originado eran, también desconocidos. A nuevas - realidades, nuevas formas de intervención. Y aquí radica, a nuestro entender, el sentido de las diferencias apuntadas entre ambas ramas del Derecho.

En la actualidad, la Administración ha deja- do de constituir el "Estado gendarme" de la économía liberal para convertirse en un agente capaz de ejercitar - una verdadera acción sobre el sistema económico, desarro- llando unos criterios que se insertan dentro de un plan determinado de política económica. Este paso de un inter- vencionismo de policía económica a un intervencionismo - de acción sobre la economía, ha producido -como señala - LAUBADERE (108)- unas consecuencias evidentes y profun--

(108) Droit public économique; 2ª edición; París, 1.976; pág. 48.

das en lo que concierne a los métodos de intervención, nota fundamental que hoy en día caracteriza a la Administración económica.

Junto a los métodos tradicionales de la -- acción administrativa (administración reglamentada, subvenciones unilaterales, prohibiciones, etc.) han aparecido nuevas formas de actuación que responden, en cada caso, a cubrir unas necesidades u objetivos concretos. A las clásicas intervenciones "directas" han seguido, y casi -- podríamos añadir que substituído, las acciones "indirectas" (acción sobre el crédito, política de mercados públicos, etc.); la intervención por "vía unilateral" deja paso a la intervención "concertada"; la intervención por medio del "sector público económico" ha hecho perder -- gran parte de su eficacia a la acción sobre los agentes económicos privados. La idea de la "economía orientada" -- con toda la referencia que implica a la "planificación" -- ha contribuído, por ejemplo, a desarrollar el procedimiento de los "incentivos" que, si bien ya era conocido de -- antiguo, ha alcanzado su plenitud muy recientemente. Los incentivos (ayudas financieras, ventajas fiscales, etc.) tanto globales, como sectoriales o específicos (es decir, personalizados o selectivos) cambian de signo y apuntan hacia una vía de negociación Administración-beneficiario, antes prácticamente desconocida. Esto, como subraya LAUBADERE (109), plantea problemas de carácter jurídico totalmente nuevos (trato igual o desigual de los administrados; medios de control de su legalidad). Las actuales nociones de "economía concertada" y de "economía contractual" revelan ya de por sí la necesidad de adaptación jurídica de los nuevos procedimientos que requieren unos -- esquemas distintos de los que proporciona el Derecho administrativo. Por otra parte, las enormes dificultades -- que, cada vez en mayor proporción, acarrea el control de

(109) Droit public économique, cit.; pág. 51.

los actos de la Administración en los que se plasma el intervencionismo económico (discrecionalidad acentuada; individualización), ofrece un argumento más en favor de la ruptura del esquema tradicional.

El Derecho administrativo, en nuestra idea, quedaría limitado, como Derecho estatutario (110), al conjunto de normas que regulan la actividad de las Administraciones públicas en cuanto no afecte - al campo específico de los órganos administrativos dotados de atribuciones en materia económica (es decir, a la "administración económica" en el sentido orgánico de la expresión). El Derecho económico comprendería en su concepto al conjunto de principios y reglas aplicables a las relaciones de los administrados con la Administración que surgieran con motivo de la "acción intervencionista" de ésta en el sistema económico (111).

El Derecho económico responde a las necesidades de la nueva sociedad industrial, que ha superado en su regulación los clásicos cauces preestablecidos, precisos y duraderos que le ofrece el Derecho administrativo. El Derecho económico se acomoda a unos principios propios, ya consignados anteriormente, que exceden con mucho de los que configuran el Derecho administrativo.

(110) GARCIA DE ENTERRIA E. y FERNANDEZ R-T., Curso de - Derecho administrativo; Madrid, 1.977; tomo I; pág. 29.

(111) POLO (El nuevo Derecho, cit.; pág. 910) escribe que "el Derecho de la economía participa del carácter - de Derecho público, en cuanto derecho llamado a dar expresión jurídica a la política económica del Estado, constituyendo en cierto sentido una rama desprendida del tronco de los Derechos político y administrativo. Sin embargo, conviene advertir que ... el nuevo Derecho, pese a su innegable impronta publicista, se nutre principalmente de instituciones procedentes del Derecho privado civil y mercantil ...".

de investigación ó aplicación, según se expone más adelante, que no se confunden con las utilizadas por el Derecho Administrativo.

De conformidad con las ideas expuestas, hemos de admitir que toda la temática administrativa de las operaciones de inversión, en sus múltiples significados económicos, y cualesquiera que sean sus ropajes jurídicos, constituirá materia propia del Derecho económico y, en consecuencia, en su tratamiento legal se requerirá la aplicación de las técnicas propias de esta disciplina.

Si entendemos que la delimitación entre Derecho económico y Derecho administrativo puede establecerse, no sin dificultad, en la forma referida, el deslinde respecto de la otra disciplina jurídica de la que preferentemente extrae su sabiduría, el Derecho mercantil, aparece como tarea menos difícil (112).

Así, para el profesor GARRIGUES (113) el Derecho económico constituye como una "atmósfera jurídica de rango superior (fundamentalmente de carácter público)" que se infiltra en el mecanismo de las relaciones jurídicas privadas, condicionándolo. El Derecho mercantil será aquella otra parte del ordenamiento jurídico-

(112) Para RUBIO, el Derecho económico no ha venido a regular hechos nuevos, sino las mismas relaciones antiguas que se contenían en el Derecho mercantil, y que han cambiado de signo. El Derecho económico va sustituyendo al Derecho mercantil, de la misma forma que éste sustituyó al Derecho civil. El Derecho económico traduce una fase histórica de la evolución jurídica (Sobre el concepto de Derecho mercantil, - en Rev. Derecho mercantil; 1.947, nº 12; págs. 353 y ss.).

(113) Tratado de Derecho mercantil; Madrid, 1.947; tomo - I, vol. I; págs. 44-46.

co en el que se concuegan las normas jurídicas privadas destinadas a establecer y regular las instituciones a través de las cuales hayan de canalizarse las actividades de las empresas privadas mercantiles.

Para POLO (114) resulta indispensable establecer la separación entre éstas dos ramas jurídicas, porque ambas, inicialmente, hacen de la vida económica y de su organización el campo propio de su actividad. Para el ilustre catedrático la distinción no parece ofrecer grandes dificultades: "puede afirmarse que éste nuevo Derecho (el económico) adopta ante los fenómenos económicos una "posición peculiar" que permite separarlo, con escaso riesgo de confusión, de -- aquellas dos grandes ramas del Derecho privado tradicional, a las cuales venía confiada hasta el presente la regulación, insuficiente a todas luces, de los diversos sectores de la economía agraria, industrial y comercial, en cuanto los Derechos civil y mercantil -- éste en mayor medida que aquel-- se proponen agrupar -- todas sus instituciones "bajo una consideración instrumental", que las hace compatibles con sistemas económicos inspirados por principios rectores del más diverso signo, mientras que el moderno Derecho de la economía atiende "con sentido finalista y de función" a -- lo que constituye el "objeto principal de la economía", la "satisfacción de las necesidades individuales y colectivas". EL Derecho de la economía --concluye POLO, coincidiendo con GARRIGUES-- es el llamado a formular los postulados básicos dentro de cuyo marco habrán de desenvolverse las instituciones específicamente mercantiles.

En nuestro ordenamiento positivo se en-

cuentran multitud de normas que cabría incluir en el seno del Derecho económico. Valga como un ejemplo claro, la ley de 20 de julio de 1.963 sobre prácticas restrictivas de la competencia (115), en cuya exposición de motivos encontramos todos los ingredientes que, según hemos expuesto, contribuyen a identificar la naturaleza de las normas del Derecho económico. El concepto del orden público económico priva como consideración esencial en la finalidad de la disposición.

2. EL DERECHO ECONOMICO INTERNACIONAL.

Aunque por cuestiones metodológicas, más que por otras razones (116), se haya considerado por la doctrina, como esencial, la clásica cuestión de la división del Derecho en distintas ramas, la rapidez con que se suceden en el mundo de hoy los acontecimientos, producen un obsoletismo de los resultados obtenidos que está fuera de toda duda.

Distinciones, aparentemente tan claras, como las de Derecho público y Derecho privado, Derecho interno y Derecho internacional, Derecho administrativo, Derecho mercantil, etc. se encuentran en la actualidad en trance de revisión acelerada. El breve comentario que, anteriormente, hemos efectuado sobre el Derecho económico es una buena prueba de ello.

Aunque no pretendemos incidir más sobre la cuestión, porque excedería de nuestros propósitos, el tema alcanza un mayor interés todavía, cuando -

(115) Puede verse: S.E.P., Comentario a la ley española - sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia; Madrid, 1.964.

(116) CASTRO, Derecho civil, cit.; pág. 66.

se analiza bajo el prisma de las relaciones jurídicas - que, nacidas de los intercambios económicos entre sistemas nacionales diferentes, ponen en relación y conectan a distintos ordenamientos legales entre sí.

La heterogeneidad normativa que puede concitar toda operación económica de carácter internacional, ha sido objeto de un tratamiento jurídico en el que confluyen múltiples disciplinas, lo que confunde y complica la labor jurista.

El Derecho internacional, en su sentido más tradicional y omnicomprensivo, sería la disciplina jurídica que regulara las relaciones en que se encuentran implicados tanto los Estados como los Organismos internacionales entre sí, como las personas o entidades privadas de diferentes países, y aún éstos con aquellos.

Pero la doctrina, desde antiguo, en razón a las técnicas necesarias para tratar cada cuestión y hasta por los conocimientos instrumentales necesarios para estudiarlas, aconseja mantener, dentro del Derecho internacional, una separación que, al decir de MIAJA (117), tiene mucho de artificial: el Derecho internacional público, por un lado, y el Derecho internacional privado, por otro. El primero estaría constituido por el conjunto de normas o reglas jurídicas que regulan las relaciones de los sujetos de la sociedad internacional (Estados, territorios no Estados, organizaciones internacionales y aún los propios individuos como sujetos de determinados derechos de carácter universal) (118), mientras que el Derecho internacional priva

(117) Introducción al Derecho internacional público; Madrid, 1.960; pág. 45.

(118) VELLAS P., Droit international public; París, 1.970; pág. 10.

do, regularía las relaciones entre personas o entidades privadas de diferentes países o las del Estado en cuanto persona civil (119).

Si prescindimos de otros matices -- que se han destacado dentro de cada una de éstas dos ramas del Derecho internacional (120), que vienen a situarnos en una perspectiva que nos refuerza en nuestra afirmación inicial, hemos de convenir, generalizando la idea de ARMNJON (121), que en el momento presente "el objeto -del Derecho internacional- está mal determinado; su esfera, mal circunscrita; su lugar en la legislación, mal fijado; sus materias, mal clasificadas; su terminología, mal definida y frecuentemente anfibológica; su mismo nombre, ambiguo y contradictorio, mal formado y propio para dar una idea falsa de lo que designa. Además, muchas de las reglas son todavía incompletas, imperfectamente justificadas, dudosas y discutidas, por lo menos en sus -- aplicaciones".

Y es que, tal vez, como escribe MIAJA (122), la clasificación del Derecho en público y privado pierde su sentido al ser aplicada al orden jurídico

(119) YANGUAS MESSIA J., Derecho internacional privado; - tomo I; Madrid, 1.944; pág. 15.

(120) Por ejemplo, DIEZ DE VELASCO distingue, en el Derecho internacional público entre el Derecho internacional público general (universal) y el Derecho internacional público particular (cuya vigencia espacial es limitada), y en el cual, a su vez, individualiza el Derecho internacional convencional y el Derecho internacional de las Organizaciones internacionales (Curso de Derecho internacional público; - Madrid, 1.963; págs. 43-44).

(121) Droit international privé; 3ª edición, tomo I; París, 1.947; pág. 13. Se refiere éste autor, en la frase del texto, solamente al Derecho internacional privado.

(122) Introducción al Derecho internacional, cit.; pág. - 10.

Enfermedades.
Pero lo que aparece bastante claro es que muchas de las materias que, tradicionalmente, se han considerado como propias de Derecho internacional privado están adquiriendo un rango y una "coloración" tal que no dejan de ser consideradas, igualmente, por el Derecho internacional público.

En éste sentido la influencia de los hechos económicos ha sido relevante.

Aún cuando síntomas de relaciones -- económicas entre Estados y entre súbditos de diferentes comunidades políticas se detectan desde siempre, y a ellas haremos referencia en otros lugares del trabajo, es lo cierto que tan solo a partir del siglo pasado, tales relaciones llegan a institucionalizarse de alguna manera.

Las relaciones económicas en el siglo XIX giraron siempre bajo el signo generalizado del libremercado, traducción a escala internacional del liberalismo económico interno reinante en la época. En estas condiciones los intercambios de mercancías y capitales adquirieron un desarrollo extraordinario. Los conflictos jurídicos que se suscitaban se sustanciaban, de ordinario, acudiendo a los medios tradicionales que procuraban las normas que acogía el defectuosamente llamado Derecho internacional privado (123). Existía un verdadero "orden internacional económico privado". En

(123) Esta terminología ha sido criticada. QUINTIN ALFON SIN prefiere la denominación de Derecho privado internacional, por entender que expresa más claramente su propio contenido (Curso de Derecho privado internacional, Tomo I; Teoría del Derecho privado internacional; Montevideo, 1.955; págs. 36 y 47.

éste "orden económico" se reconocía como característica más importante, la no-ingerencia de los Estados en las relaciones económicas, la "despolitización de la esfera económica", como acertadamente ha descrito ROPKE (124). Algo similar a lo que sucedía, según expusimos con anterioridad, en el orden económico interno - de cada país.

El desorden económico que se produjo entre las dos guerras mundiales, no podía dejar de al-- canzar a los intercambios internacionales. Y la intervención de los Estados en la economía abarcó, como es lógico, a estos aspectos. Esta actividad pública se - desarrolla en dos direcciones fundamentales: por un - lado, obstaculizando -incluso con toda suerte de "prácticas desleales" (125)- cualquier tipo de intercambio que pudiese perjudicar su economía, y por otra parte, favoreciendo, por todos los medios, los que pudieren mejorarla (126). Se producía la "politización" de la economía.

La traducción jurídica de ésta activi-- dad intervencionista se plasma, en gran parte, en la -- adopción de "acuerdos bilaterales" de carácter comercial que desembocan en situaciones discriminatorias, dislocando la norma general hasta entonces consagrada. La normativa interna se encargaba de hacer el resto. La incentivación, la restricción o la orientación de

(124) Economic order and international Law, en R.C.A.D.I., 1.954, II; pág. 224.

(125) CARREAU, JUIILLARD y FLORY, Droit international économique; París, 1.978; pág. 70.

(126) Las tarifas aduaneras prohibitivas (recuérdese la americana de 1.930, conocida como la "Smoot-Hawley"), las ayudas a la exportación, las prácticas de dumping, las contingentaciones, etc. son los expedientes que nacieron y fueron más utilizados en la época.

los intercambios cae bajo la esfera del Poder público. De aquí -como apuntan CARREAU, JUILLARD y FLORY (127)- que se produzca una prodigiosa abundancia de actos uni laterales, de convenciones internacionales bilaterales y multilaterales, cuyo objeto es total o parcialmente de naturaleza económica. Surgen numerosas organizaciones económicas internacionales -universales o regionales- que no dejan de proliferar (128), y el conocimiento de sus actividades y de las reglas de Derecho que -de ellas emanan es indispensable para comprender el medio económico internacional. Pero el "sector privado" tampoco estuvo inactivo. Gran número de organizaciones no gubernamentales, de carácter económico, han surgido. Por otro lado, un buen número de sociedades multinacionales han organizado, en ciertos sectores y bajo modalidades diversas, un verdadero "orden internacional -- económico privado": podría aludirse a la existencia de numerosos "cartels" o de mercados como los de "euro-divisas" o "euro-emisiones" que se desenvuelven al margen de la reglamentación internacional pública.

Ya bajo los propios auspicios de la Sociedad de Naciones se intentó reconstruir, en parte, el sistema económico internacional anterior. Las Conferencias, cinco, celebradas entre 1.920 (Bruselas) y 1.933 (Londres) tratan de establecer un cierto orden económico internacional, sobre la base de un multilateralismo limitado. Todo en vano. Los Poderes públicos -continuaron atrincherados en sus posiciones intervencionistas y proteccionistas sin atisbos de reacción.

(127) Droit international economique, cit.; pág. 6.

(128) Vid. MUNS J., Organismos económicos internacionales, documentos constitutivos (obra colectiva), Madrid, 1.977; NEME C., Organisations économiques internationales, París, 1.972.

Es a partir de 1.945 cuando se establece un nuevo orden económico internacional, sobre las bases del existente antes de la primera guerra europea. - Se trata de una concepción neo-liberal, porque las circunstancias de todo tipo habían sufrido un cambio tan brusco que era, de hecho, imposible pretender reproducir el pasado. La "Carta del Atlántico" (129) constituye la primera manifestación escrita de éste nuevo orden económico al declarar las dos partes firmantes (USA y Gran Bretaña) su deseo "en el cuadro de sus obligaciones, de promover para todos los Estados, grandes o pequeños, vencedores o vencidos, un acceso igual al comercio y a las materias primas mundiales que sean necesarias para su prosperidad económica" (párrafo 4º). La Carta de San Francisco, firmada en la ciudad californiana el día 26 de junio de 1.945, reserva una atención especial a los problemas de índole económica, al constatar que la paz reside en fundamentaciones de tal naturaleza y que solo el desarrollo de los intercambios en ese terreno podrá contribuir a asegurar unas relaciones pacíficas entre los Estados (130). Igualmente la cooperación inter-estatal, en lo económico, se menciona expresamente como uno de los fundamentos de la organización de las Naciones Unidas (art. 3).

Los resultados prácticos de ésta nueva óptica de las relaciones económicas internacionales es, en resumen, claramente positivo. Los cambios, las adap-

(129) Se conoce como tal el Comunicado firmado, en agosto de 1.941, por el Presidente Roosevelt y Churchill en Terranova, dando a conocer los grandes principios políticos y económicos que deberían regir el "mundo mejor" de después de guerra.

(130) Al Derecho económico internacional se le ha denominado "el derecho de la paz" (LACHARRIERE, Coloquio de Orleans sobre Aspectos du Droit international économique; París, 1.972; pág. 155).

taciones suiridas -algunas muy trabajosamente (131)- han rubricado, de hecho, la filosofía del orden económico internacional vigente desde el fin de la última guerra mundial.

El equilibrio logrado, principalmente sobre una base convencional, implica -como enumeran CA--RREAU, JUILLARD y FLORY (132)-: 1º) una cierta "perdida de soberanía" por parte de los Estados, porque a través

(131) Valga como prueba de ello la evolución experimentada por el sistema monetario. Instituído en Bretton Woods, en 1.944, ha funcionado hasta 1.971 con bastante eficacia. Entra en crisis en dicho año, al perder el dólar, de hecho, su calidad de moneda de reserva, y el Presidente Nixon suspende -15 de agosto- la convertibilidad del dólar en oro. Anteriormente Alemania estableció el curso flotante de su moneda (10 de mayo de 1.971). La flotación de otras monedas (yen), el establecimiento del doble mercado de cambio en Francia, Bélgica y Holanda, la continuidad en el sistema de paridades fijos (Italia, Inglaterra), las devaluaciones, etc., crearon una situación tal que fué preciso iniciar la búsqueda de un nuevo orden monetario internacional (Acuerdo de Washington, 17-18 de diciembre de 1.971). En la reunión de Nairobi, 23 de septiembre de 1.973, el Grupo de los Veinte, acuerdan iniciar una reforma que debería concluir antes del 31 de julio de 1.974, posteriormente postergada sine die. La creación de los "derechos especiales de giro" (DEG), el sistema general de flotación catapultado por el alza de los productos petrolíferos y la generalizada inflación mundial, la desaceleración del crecimiento económico, etc. son otras tantas vicisitudes que han colaborado a la fatigosa adaptación del mecanismo monetario a las nuevas necesidades que demanda la acusada interdependencia económica de los países.

Si el tema lo trasladamos al seno de la CEE, las dificultades siguen siendo de tal naturaleza que no hacen sino corroborar nuestra afirmación.

Para un conocimiento pormenorizado de este tema, nos remitimos a: MARCHAL J., Le système monétaire international (De Bretton Woods aux changes flottants); París, 1.976, y Monnaie et credit, París, 1.973. L'HUILLER J., Le Système monétaire international: Aspects économiques, París, 1.971; MONTBRIAL Th., Le desordre économique mondial, París, 1.974; BONNET H., Les institutions financières internationales, París, 1.968.

(132) Droit international économique, cit.; págs. 79-80.

de convenciones especiales han renunciado al ejercicio de ciertas competencias que tradicionalmente les han sido reconocidas por el Derecho internacional; 2º) estar fundado sobre una noción de "cooperación", como -- consecuencia de una situación de interdependencia económica; 3º) un elevado grado de "institucionalización" (133) que constituye una de sus más marcadas características, y 4º) que en el plano material, el "multilateralismo" constituye el principio económico sobre el -- que se funda tanto el orden económico universal como -- los de carácter regional, lo que viene a significar, a la vez, "libertad" y "no discriminación" en las transacciones económicas internacionales.

Al igual que subrayamos al referirnos al Derecho económico interno, hay que señalar ahora que -- la situación de "equilibrio" del sistema económico internacional se ha visto amenazada por la aparición de ciertos hechos que, de una forma evidente la hacen, -- cuando menos, peligrar.

La necesidad de reglamentar de alguna forma aquellos acontecimientos que, de cualquier manera, pudieran atentar contra el principio establecido (el -- equilibrio de las relaciones económicas internacionales sobre las bases apuntadas; el orden público económico internacional) hizo surgir un conjunto de normas jurídicas de carácter internacional --por la vía principal de los Convenios-- que se fueron adoptando como Derecho nacional por cada Estado, o que de alguna forma influye-

(133) Como se apunta en la obra colectiva dirigida por MUNS, Organismos Económicos Internacionales, cit.; históricamente, se puede detectar una evolución de ésta institucionalización en dos frentes y de forma paralela: a) desde las formas bilaterales de cooperación a las de naturaleza multilateral; y b) desde las formas temporales a las de carácter permanente (pág. 6).

ron en la redacción de sus normas internas (134).

Ha surgido así, en los últimos años, un cierto cuerpo de doctrina legal uniforme que se aplica tanto al aspecto puramente privado de las relaciones -- económicas internacionales (vgr.: la compra-venta (135)) como al público (derecho de las instituciones económicas internacionales; derecho de las relaciones monetarias y financieras; etc.). MIAJA (136) ha puesto de manifiesto éste hecho al señalar la relevancia que en el tráfico externo poseen las leyes e instituciones de carácter público, en las que la progresiva intervención - del Estado encuadra el tráfico privado.

Y lo mismo que referíamos al tratar del Derecho económico, también ante el fenómeno legal descrito, la doctrina se ha planteado el tema de la posibilidad de construir, con todo ese material, una nueva -- disciplina jurídica que, mutatis mutandi, fuera el reflejo, en el campo internacional, de lo que ha sucedido en el interno. Las construcciones doctrinales aparecidas han sido numerosas. El profesor MIAJA (137) recoge los rasgos característicos de las principales teorías elaboradas por ERLER, SCHWARZENBERGER, FRIEDMANN, SCHMITTHOFF, VELLAS y LOUSSOUARN y BREDIN, todas ellas sugerentes y aleccionadoras de cuanta dispersión existe todavía en -

-
- (134) Antecedentes claros de éste movimiento legislativo - fueron la aprobación del llamado Código Bustamante - de Derecho Internacional Privado (La Habana, 1.928), el Convenio de Bruselas sobre derecho marítimo, el - de Varsovia (1.928) sobre transporte aeronáutico y - los de Ginebra (1.930 y 1.931) en materia de Letras de Cambio y cheque.
- (135) Vid. LOUSSOUARN y BREDIN, Droit du commerce, cit.; - principalmente las págs. 649 y ss.; GONDRA J.M., La moderna ley mercatoria y la unificación del Derecho - del comercio internacional, en Rev. Derecho mercantil, nº 127, 1.973; págs. 7 y ss.
- (136) Derecho internacional privado, cit.; pág. 24.
- (137) Ensayo de delimitación, cit.; págs. 36 y ss.
- J. J. J. J.

éste punto, tal vez porque "crear una unidad jurídica, introducir una nueva ciencia jurídica particular apoyándonos en la materia económica y comercial no es empeño fácil" (138), pero tampoco imposible.

. La aparición, por un lado, de una - verdadera jurisdicción supranacional o "anacional", como la denomina FOUCHARD (139) y, por otro, de las sociedades internacionales (140) y multinacionales, acompañada de un desorbitado desarrollo de las estructuras propias de una sociedad industrial, a escala mundial, ha dado lugar a un - cambio en la concepción de las normas legales que reglamentan la interdependencia económica, en el sentido de intentar, a través de mecanismos jurídicos adecuados, - de carácter uniforme o no, contrarestar los desequili-brios que, a nivel mundial o simplemente nacional, pueden producirse.

Y de ello se ocuparía una nueva disciplina jurídica conocida como Derecho internacional -- económico -- con lo que parece que formaría parte del genérico Derecho internacional- o, más certeramente, a -- nuestro entender, Derecho económico internacional (141), que vendría a poner de manifiesto un cierto grado de autonomía frente a las dos ramas clásicas, Público y Privado, del Derecho internacional. Tal vez solo aceptando una configuración de éste, al estilo de la idea de JE--

(138) AGUILAR NAVARRO M., Ensayo de delimitación del Derecho internacional económico; Madrid, 1.972; pág. 65.

(139) L'arbitrage commercial international; Paris, 1.965.

(140) Vid. GOLDMAN B., Le droit des sociétés internationales; Paris, 1.963.

(141) Esta denominación ha recibido su consagración jurisprudencial en el caso de la Barcelona Traction (opinión del juez GROS: C.I.J., Recueil, 1.970, pág. 279).

SSUP (142), que incluyera el conjunto de normas internas e internacionales, públicas o privadas, que regulan las relaciones que trascienden de las fronteras de un Estado -cualquiera que fuese su contenido- podría admitirse que el Derecho económico internacional formase parte del -- "transnational Law" (143).

Si se analiza el llamado derecho comunitario europeo (entendido como el conjunto de normas -- que disciplinan las relaciones de los diferentes países miembros de la CEE entre si y con relación a terceros), la individualización de un grupo de disposiciones de contenido esencialmente económico y social (junto a otros - que podrían considerarse como de Derecho público) (144) y que GOLDMAN (145) clasifica en tres ramas diferentes - (fiscal y financiera, social y comercial en sentido estricto) no parece ofrecer mayores dudas sobre la dualidad de carácter de las normas que regulan las relaciones económicas en el seno de la CEE.

Queremos, con lo dicho, poner de manifiesto un hecho fundamental que se produce en el campo - de las relaciones económicas internacionales: se entrecruzan y condicionan dos órdenes de "fuentes del Derecho" (146): las internas y las públicas.

(142) JESSUP, Transnational Law; Yale, 1.956 (cit. por MIAJA, introducción al Derecho internacional público, - cit.; pág. 15).

(143) Sobre éste punto nos remitimos a WEIL P., Le droit international économique mythe ou réalité? Ponencia en el Coloquio de Orleans, cit.; págs. 3 y ss.

(144) Vid. CARTOU L., El mercado común y el Derecho público; Madrid, 1.959.

(145) Droit commercial européen; Paris, 1.970; págs. 11-12.

(146) Entendido el término vano "fuentes del Derecho positivo". Vid. CASTRO, Derecho civil, tomo I, cit.; págs. 327-328.

Dentro de cada comunidad política, el Estado promulga normas, de diferente rango, en las que se contemplan distintos supuestos de aquella actividad, y que pueden ser, en la terminología clásica, de carácter público (control de cambios) o privado (nacionalidad, residencia).

Pero junto a esa actividad legislativa netamente "nacional", hay que reconocer la existencia de otras normas de índole "internacional" que, en ciertos supuestos, se aplican en el interior del territorio, en otros condicionan la aplicación de las normas internas, y en los más, influyen sobre su elaboración. Los "tratados", bilaterales o multilaterales -- constituyen el paradigma de ésta normativa internacional. En nuestro país, tanto el Código civil (art. 27), como el Código de comercio (art. 15) y la L.E.C. (arts. 951, 952 y 955), así como el T.S. (sentencias 11 de junio de 1.963, 11 de diciembre de 1.968, 27 de febrero de 1.970, 7 de julio de 1.971) aceptan tal normativa como fuente del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico --incluso con rango superior a la propia ley interna--, si bien la nueva reducción conferida al apartado 5º del art. 1º del mismo Código civil al estipular que "las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el B.O.E.", plantea serios problemas de aplicación. Los tratados, publicados en el B.O.E. adquieren rango de ley.

Algunos autores (147), clasificando -

(147) Tal es el caso de LANGEN y MANN (citados por JACQUEMIN y SCHRANS, Droit économique, cit.; pág. 79).

las ideas anteriores, y por no querer romper la dualidad Derecho internacional público - Derecho internacional privado existente, optan por considerar que el llamado Derecho económico internacional no es sino una parte del primero, reservando para las materias "privadas" de aquella denominación de "Derecho internacional de los negocios", (148) que entraría a formar parte del Derecho internacional privado y que, de hecho, se equipararía a los llamados "Derecho del comercio internacional" (149) y "Derecho internacional comercial" (150).

A nuestro entender, tales técnicas clasificatorias responden al atavismo y al respeto que todavía encierran las distinciones clásicas, admitidas hasta hace bien poco tiempo sin mayor discusión. Pero en el campo de las realidades socio-económicas se han producido, en los últimos tiempos, transformaciones de tal magnitud que parece aconsejable sacudirse, en lo posible, el peso de conceptos preconcebidos (151).

En nuestra idea, el Derecho económico internacional estaría constituido por el conjunto de las fuentes legales, de carácter internacional e interno que, tratando de mantener y proteger un orden económico supranacional, disciplinan y regulan el comportamiento de los distintos sujetos que se relacionan en el ámbito de la economía.

(148) Vid. SCHAPIRA J., Le droit international des affaires; París, 1.972; págs. 16 y ss.

(149) Como lo denominan LOUSSOUARN Y. y BREDIN J.D.; "Droit du commerce international"; París, 1.969; págs. 4 y ss.

(150) Así lo llama el "Juris-Classeur" de Droit international, dirigido en Francia por GOLDMANN.

(151) Un ejemplo claro de ésta nueva actitud doctrinal lo encontramos en las ideas de BLAGOJEVIC B.T., "Quelques caractéristiques du droit économique international actuel", en Rev. International du droit comparé; París, 1.968; págs. 273 y ss.

1º) Que el término "fuentes legales" se utiliza en el sentido de "fuentes del Derecho positivo" que le atribuye el profesor DE CASTRO (152).

2º) Que nos encontramos ante un "derecho eminentemente instrumentalista": trata de mantener y conservar el orden internacional económico (el Derecho al servicio de la economía).

3º) Que va dirigido a regular las relaciones en que sean parte, tanto los sujetos clásicos - del Derecho internacional público, como los del Derecho internacional privado.

4º) Que se refiere a las relaciones surgidas como consecuencia de intercambios de naturaleza "esencialmente" económica, por lo cual, no formarían parte de ésta disciplina aquellas normas que regulan hechos que, aún cuando presentan aspectos económicos - ciertos, son prevalentemente de otro carácter: quedarían excluidos el derecho de la guerra, el derecho de la sucesión de Estados, el derecho de la mar, el derecho fluvial, el derecho de la nacionalidad, etc.

El contenido del Derecho económico internacional es, por su propia naturaleza, variado y variable. Pero no dejan de reconocerse una serie de materias como de adscripción indudable, lógica.

Y una de ellas es, desde luego, la inversión extranjera.

(152) Derecho civil, cit.; tomo I, pág. 327.

Los autores que han analizado el llamado Derecho económico no han dejado de poner de manifiesto que uno de los temas típicos del mismo, en su vertiente internacional, es el de las IE (153). Así, JACQUEMIN y SCHRANS anotan, al exponer su clasificación de las materias que comprende tal disciplina, que "si la analizamos en términos de economía abierta, la clasificación comprende un tercer título: el Estado y el resto del mundo, en el cual se integran las reglas de Derecho económico internacional" (154). FARJAT no duda en calificarla como una cuestión clave: "cuestión típica del Derecho económico, fundamentalmente por la interpenetración que se produce entre el Derecho público y el Derecho privado" (155). MIAJA (156) incluye el tema, dentro de su "programa" de Derecho internacional económico (157), en tres apartados de la "parte especial": dentro del Derecho internacional económico universal (158), en la dedicada al Derecho económico europeo (159) y en la referida al Derecho internacional económico español (160).

- (153) Incluyen el tema de las IE como materia del Derecho económico los Rapports que ha publicado la Comisión de las Comunidades Europeas, y de los que se ha hecho mención con anterioridad. Y FLORY (Droit international du developpement; París, 1.977; págs. 186 y ss.) hace una cumplida referencia a la cuestión.
- (154) Le droit economique, cit.; pág. 95, nota 1.
- (155) Le droit écnomique, cit.; pág. 280.
- (156) Ensayo de delimitación, cit.; págs. 66-67.
- (157) Al que AGUILAR critica su relativa anarquía y mezc_olanza (Ensayo de delimitación, cit.; pág. 65).
- (158) III.1.A). Inversiones de capital: diferentes tipos. Procedimientos de protección. Relaciones en materia de inversiones entre Estados y particulares extranjeros; medios para el arreglo de diferencias.
- (159) III.2.B).a). Libertad de establecimiento y de servicios.
- (160) III.3.F). Las I.E. en España.

Para CARREAU, JUILLARD y FLORY (161) el Derecho internacional económico comprende dos ramas esenciales: 1ª) la organización de la producción de los bienes y servicios importados o exportados, en el marco nacional, y 2ª) la reglamentación internacional de los intercambios económicos internacionales. En el primer caso, - al Derecho económico internacional corresponde reglamentar el estatuto personal de extranjero en el plano económico, por un lado, y el régimen jurídico de las IE, por otro. En éste caso, la admisión de las IE, su control, - participación, nacionalización, etc. Esta materia es objeto de una considerable reglamentación tanto desde el - punto de vista bilateral como multilateral, sin hablar - del importante cuerpo legal interno que existe bajo la - forma de "códigos de inversión". En el segundo aspecto, cabría considerar la normativa de las relaciones comerciales, financieras y monetarias entre diferentes espacios financieros, el derecho de las instituciones económicas y el derecho de las integraciones económicas regionales.

Esta idea, de la conjunción de normas privadas e internacionales en las operaciones de IE, se hace bien patente en los países en que se admite, como fórmula usual, el establecimiento del capital extranjero a -- través de las denominadas "convenciones o acuerdos de establecimiento", contrato especial entre el Estado receptor y el inversionista privado, mediante el cual se fija el estatuto jurídico, económico, fiscal y financiero de las actividades del inversionista durante el plazo que - dura la inversión (162). Estas convenciones contienen -co

(161) Droit international économique, cit.; págs. 357 y - ss.

(162) Es la fórmula usual en los países africanos francófonos. Ejemplo: Senegal, Código de IE aprobado por la ley 72/42 de 4 de junio de 1.972, glosado por NIA NE B., Le regime juridique et fiscal du còde des -- investissements au Sénégal; Dakar, s/f.; principalmente págs. 59 y ss.

tegorias: de Derecho interno (puesto que la convención o el contrato se adopta en aplicación de un texto legislativo interno, constituido por el Estatuto de la IE; - el inversionista está sometido en sus actividades a la legislación y reglamentación interior; el acuerdo logra según procedimientos dictados por el Derecho interno; - las modificaciones bilaterales se rigen por normas del mismo carácter, etc.) y de Derecho internacional (garantías; recursos a instancias internacionales, etc.). Después de la ratificación por numerosos países de la Convención del B.I.R.D. para resolver las diferencias relativas a inversiones entre Estados y súbditos de otros países, no faltan autores (164) que estiman que las convenciones de referencia deben estar sometidas a las reglas de Derecho internacional, aplicables a los tratados internacionales. La Convención del B.I.R.D. consagra una evolución a la que ya hemos hecho referencia, - cual es la posibilidad para una persona privada de ser sujeto del Derecho internacional. Como señala NIANE (165), el conjunto de la doctrina y la misma jurisprudencia internacional admite la calificación de "contrato internacional" dada a las "convenciones de inversión", considerándolas como una categoría especial de aquellos. Los términos "tratados quasi-internacionales" o "contratos innominados sui generis" muestran bien su carácter internacional y su especialidad. Y concluye éste autor sentenciando que, en realidad, el contrato de inversión, por -

(163) Les conventions d'établissement conclues par le Sénégal avec les entreprises, en Rev. Annuaire Français Droit international; París, 1.968; pág. 654.

(164) PALIERE M., "Les contrats d'investissement dans les pays en voie de développement", en el Coloquio jurídico internacional sobre las inversiones y el desarrollo económico en los países del tercer mundo; París, 1.968; pág. 118.

(165) Le régime juridique et fiscal, cit.; pág. 62.

su finalidad y la identidad de las partes, no puede ser asimilado "ex nihilo" a un tratado de Derecho internacional clásico. La multiplicación de las normas sobre IE ha creado un desarrollo de reglas comunes, que se hacen reconocer por todos lados, constituidas esencialmente por las cláusulas de no-discriminación, de transferencia de capitales y beneficios y por la existencia de un procedimiento internacional de arbitraje; reglas comunes que M.KHAN ha calificado de "standard minimum". Esta identidad de reglas le ha llevado a escribir que -- "por ésta razón nosotros nos preguntamos si no sería mejor reconocer francamente la existencia de un Derecho de las relaciones económicas destinado a regular tales convenciones, entendiendo que se trataría de un Derecho material subordinado al Derecho de gentes pero con un objeto propio" (166).

A nuestro entender y sin querer alargar ya más ésta cuestión, el fenómeno de la IE, bajo el prisma jurídico, posee unas características tan peculiares que desaconsejan su tratamiento fraccionado y en el seno de cada una de las disciplinas que tradicionalmente se atribuyeron su competencia y que, de hecho, son -- casi todas las que componen el ordenamiento legal de un país. La IE es, esencialmente, un hecho económico que -- incide sobremanera en el equilibrio todo del sistema -- económico de cada nación y que exige, en consecuencia, el ser tratado jurídicamente con la nueva óptica que requiere la actividad del Estado para mantener el orden existente.

Los métodos tradicionales de aplicación del Derecho no serían válidos en toda su plenitud.

(166) Problemes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française, en Rev. Clunet, París, 1.965; pág. 387.

Se requiere una constante adecuación a las cambiantes - realidades del momento y, de ahí; que sea preciso establecer un nuevo procedimiento de integración del Derecho, que solo puede proporcionarnos la plataforma de un tratamiento unitario bajo los cánones de esa nueva rama jurídica a la que hemos dedicado, brevemente, nuestra atención.

He aquí el por qué hayamos considerado que la IE, en su tratamiento jurídico, parece que se es capa de los moldes tradicionales y se debía insertar en el llamado Derecho económico internacional. Las consecuencias prácticas de éste tratamiento se irán señalando posteriormente.

En nuestra doctrina, aparte de la reflexión del Prof. MIAJA, nadie, creemos, que se ha ocupado de ésta cuestión. Ello se traduce, a veces, como tendremos ocasión de exponer, en errores interpretativos - difícilmente explicables.

B.- DELIMITACION MATERIAL DEL TEMA A ANALIZAR.

La segunda de las tres cuestiones que proponíamos en la consideración del "método" de investigación, consiste en delimitar, en aislar, dentro del contexto general de la IE, los temas o campos sobre los que específicamente se centrará nuestra atención. Porque el fenómeno de la IE, jurídicamente, puede adoptar numerosas modalidades:

Desde la adquisición de la propiedad pura y simple de un inmueble hasta la titularidad de acciones y obligaciones de una Sociedad anónima, la ga

ma de modalidades jurídicas a través de las cuales se -
"manifiesta" el hecho de la IE es muy amplia.

Basta examinar para ello nuestros propios textos legales. La LIE admite que las IE puedan --llevarse a efecto a través de la participación en una --sociedad española (art. 3º 1.); de la formalización de un contrato de cuentas en participación con una persona física residente en España o persona jurídica española (art. 3º 2.); mediante el ejercicio de actividad empresarial en España por persona física no residente o por --personas jurídicas extranjeras, por medio de la creación de sucursales o establecimientos (art. 3º 3.); adquiriendo fondos Públicos, títulos privados de renta fija o --participaciones en Fondos de Inversión mobiliaria (art. 3º 4); adquiriendo la propiedad de fincas rústicas o urbanas (art. 3º 5.), o por cualquier otra forma diferente de las enumeradas con anterioridad (art. 3º 6.), entre las cuales se podrían citar , a título puramente --enunciativo, el desarrollo de una actividad empresarial por los extranjeros residentes en el país, las formas --atípicas de inversión colectiva (167) y la obtención de créditos en el exterior o la colocación de valores en -

(167) Dentro de este apartado cabría pensar en la IE a través del mecanismo de los clubs de inversión, o aquellas modalidades a las que se refiere la Circular nº 4/74 de la DG de Transacciones Exteriores, de 20 de diciembre de 1.974, como son "las Sociedades españolas no constituidas con arreglo a las disposiciones del Código de comercio ó a leyes especiales". A éste respecto nos parecen convincentes los argumentos utilizados por GARCES y las -- conclusiones alcanzadas, a tenor de las cuales ha de entenderse que se producirá una situación semejante "cuando un extranjero o persona asimilada - (españoles residentes en el extranjero o Sociedades españolas con participación extranjera) adquiera una participación en una Sociedad que por su -- objeto haya de ser considerada como Sociedad civil (por no proponerse realizar actos de comercio) o que, cualquiera que sea su objeto y la forma -- jurídica que adopte, no haya sido constituida por escritura pública e inscrita en el Registro mercantil" (Régimen jurídico de las IE en España; Barcelona, 1.975; pág. 56).

los mercados extranjeros por parte de las personas o sociedades nacionales (financiación crediticia externa).

El exámen de todas y cada una de las modalidades reseñadas entrañaría, de hecho, el estudio al completo de nuestra vigente normativa de IE, y ello, -- además de exceder los límites normales de una tesis, no respondería ni a los fundamentos ni a la finalidad con que intentamos acometer el trabajo. Por esto se impone una delimitación estricta de la/las modalidades de IE, a cuyo análisis vamos a constreñirnos.

Así, pues, de acuerdo con los argumentos señalados como "razones subjetivas" para la elección -- del tema a desarrollar, hemos de referir la exposición tan sólo a las operaciones de IE cuya formalización jurídica se efectue adquiriendo la propiedad de los llamados valores mobiliarios.

1. EL CONCEPTO JURIDICO DE LOS VALORES MOBILIARIOS.

Pero la determinación del concepto de -- los documentos conocidos como "valores mobiliarios" tropezaba -- como indica VELASCO (168) --, apenas iniciado el intento, con la dificultad de ser numerosas las acepciones en que ha sido utilizada la expresión. Y distingue -- citando a GUIJARRO (169) -- entre el sentido más extenso -- que la equipara al de la clásica "res mobilia", hasta -- el más restringido de "títulos emitidos para representar el capital de las sociedades comerciales anónimas y comanditarias por acciones, así como los emitidos en masa, y que atribuyen a su tenedor un nuevo derecho de --

(168) En torno al concepto y génesis de los valores mobiliarios, en Rev. Derecho privado; Madrid, nº -- 418 (enero, 1.952), págs. 24 y ss.

(169) La participación social por acciones y los valores mobiliarios; Madrid, 1.946; pág. 121 y ss.

crédito .

GARRIGUES, al examinar el concepto de categoría jurídico-mercantil del "título-valor" (170), empieza por poner de relieve la falta de una reglamentación general de ésta clase de documentos, ni en el Código civil ni en el Código de comercio, lo que se traduce en su indefinición. Tal vez, como apunta éste autor, publicados los códigos citados en épocas en que la fortuna mobiliaria revestía escasa importancia, ni siquiera aparecen las "acciones" en la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles, y la terminología utilizada es dispersa e inconcreta (vgr.: arts. 226, - 336, 1355, 1388 del Código civil y 37, 67, 74, 79, 266, 320. 349, 350, 544, etc. del Código de comercio).

El Derecho francés distingue perfectamente entre dos categorías de títulos-valores, entendido éste término en el sentido de ciertos documentos -- que incorporan un derecho para cuyo ejercicio son necesarios. Y establece esta doble clasificación: "efectos de comercio", que se emiten como consecuencia de una operación singular entre dos personas, de la que deriva la obligación de hacer una prestación en dinero (letra de cambio, pagaré a la orden, cheque, warrant) y los "valores mobiliarios" considerando como tal los que se emiten en masa, por cifras redondas, y no implican exclusivamente derechos de crédito (acciones, obligaciones, cédulas, bonos, etc.) (GARRIGUES). Los valores mobiliarios serían una subespecie de los títulos-valores.

Pero si la idea de su emisión, particularizada o individualizada y en masa, es útil como -

(170) Tratado de Derecho mercantil; Madrid, 1.955; Tomo II, Títulos-Valores; pág. 4.

"materialización en un documento" tiene una significación tan sustancial como parece deducirse de la doctrina legal francesa.

Esta cuestión llegó a plantearse como esencial, en el campo de nuestro Derecho fiscal, durante la vigencia del desaparecido Impuesto de emisión de valores mobiliarios creado por la ley de 23 de marzo de 1.943 (171) y que pervivió hasta la ley de Reforma del sistema tributario de 11 de junio de 1.964. Y, recientemente, con la implantación del nuevo sistema de liquidación y compensación de operaciones en Bolsa y de depósito colectivo de los valores (D.L. 12/1.973, de 30 de noviembre, -- art. 24; D. 1128/1.974, de 25 de abril y O.M. de 20 de mayo de 1.974), el tema se puso de nuevo en discusión.

RODRIGUEZ SASTRE (172) escribe que "los valores mobiliarios no son más que la movilización del derecho de propiedad, ya sea sobre bienes muebles, ya sobre inmuebles. El título, la acción u obligación, no es nada por sí, es un simple signo que representa derechos corporales o incorporales, y de ésta representación es de la que viene su valor o estimación", con lo cual minimiza la función propia del documento. GUIJARBO (173), en una dirección parecida, conceptúa los valores mobiliarios como "unidades de situación jurídica de socio o acreedor por razón de un empréstito, que ofrecen como características sustanciales: 1) el formar parte de una serie de unidades de iguales caracteres en cuanto a los de

(171) Nos remitimos a VELASCO A., Valores mobiliarios; - Barcelona, 1.946; VILLANUEVA C., El impuesto sobre valores mobiliarios; Madrid, 1.948.

(172) Operaciones de Bolsa; Madrid, 1.943; Tomo I, pág. 87.

(173) La participación social, cit.; pág. 144.

por ello, de módulo mediante el que se gradúan los derechos y obligaciones dimanantes del negocio jurídico básico, y 3) el conferir a su titular el derecho a que se expida un título-valor, cuyo régimen funcional, una vez extendido, condiciona la transferibilidad esencial de aquellas situaciones, así como el ejercicio de aquellos derechos y cumplimiento de dichas obligaciones". VELASCO (174), abundando en ésta idea, señala que "los valores mobiliarios se caracterizan: por un acto de emisión en masa, constitutivo de un negocio jurídico unilateral de orden recepticio; por un especial contenido jurídico que atribuye a su tenedor la cualidad de socio o de acreedor; por la facultad del suscriptor de obtener un título escrito al que se incorpore la relación jurídica básica y, finalmente, por su transmisibilidad por medios específicos mercantiles". En el referido impuesto de emisión de valores mobiliarios, el devengo se producía por su simple puesta en circulación, no afectándole el hecho de no emitir los títulos correspondientes o la entrega de los resguardos provisionales (norma 2ª, O.M. 9 de junio de 1.943), o de que, emitidos, no se entregasen a los suscriptores (norma 1ª, O.M. 9 de abril de 1.945).

Si el hecho de su "creación física" aparece hasta cierto punto irrelevante, mayor importancia sugiere las notas características de la "emisión en masa" y de la posibilidad de ser "transmitidos por específicos medios mercantiles".

Sin profundizar más en la materia, el concepto de los valores mobiliarios vendría establecido

(174) La significación de la forma documental en los supuestos de conversión o modificación de los valores mobiliarios, en Rev. Derecho privado; Madrid, nº - 1.950, pág. 706.

en base a las siguientes características:

1) Se trata de unidades de situación jurídica de socio o acreedor (GUIJARRO).

2) Estas unidades reconocen en cada acto de creación un origen común e igualitario, objetivando los derechos y obligaciones que de ellas dimanar (175).

3) Posibilidad de ser transmitidas tanto por los medios del derecho común, como por los - específicamente mercantiles.

2. IDENTIFICACION Y CLASIFICACION DE LOS VALORES MOBILIARIOS. CATEGORIAS DISCUTIBLES.

Como introducción a éste apartado de beríamos abordar una cuestión de interés, cual es el - problema de si la tipología de esta categoría jurídica - tal y como actualmente se la concibe en nuestro Derecho - constituye un "númerus clausus" o si cabe la posi bilidad de que puedan aparecer nuevas modalidades como consecuencia de la rápida transformación y evolución - que el mundo financiero está viviendo.

El tema es interesante y no ha dejado de ser abordado, como era lógico, por la doctrina. El profesor POLO (176) parece partidario de aceptar el

(175) Para BAS y RIVAS estos derechos y obligaciones no - tienen porque tener necesariamente una traducción - capitalista, aunque de ordinario así sea (Derechos Reales en las Sociedades y valores mobiliarios; Madrid, 1.955; pág. 361).

(176) La admisión de valores a cotización oficial, en Coloquio de Derecho Bursátil, Bilbao, 1.970; pág. 55. Argumenta sobre el sentido de los arts. 1º y 33 de LSA y 1º de la LSRL.

te cuando la ley sancione expresamente a un título con ésta categoría -estableciendo la vinculación característica entre el derecho y el documento que incorpora-- así habrá de considerársele. A nuestro entender, el nacimiento de un valor mobiliario no precisa de una especial nominación legal, porque cuando en un determinado título confluyan las características que se estiman --sustanciales para su identificación como tal, aún cuando la ley no lo haya "bautizado" o lo ignore, allí puede hablarse de la existencia de un valor mobiliario. Por otra parte, el artículo 111 de la LSA, al permitir la creación "en série impresa y numerada" (títulos en masa) de "títulos que reconozcan o creen una deuda" parece abonar el criterio del "numerus apertus" en la creación de títulos valores mobiliarios. Lo que la ley puede hacer, debe hacer, es negar expresamente el carácter de valor mobiliario en aquellos casos en que, conjugándose en el título las características identificadoras de la categoría jurídica, considere que no deban encuadrarse dentro de ella por las razones que el legislador estime pertinentes (177).

A efectos de nuestra exposición, señalaremos las clasificaciones que se han efectuado de los valores mobiliarios y trataremos de identificar en cada caso concreto, en los existentes, su carácter jurídico.

Los valores mobiliarios admiten numero-

(177) Ejemplos de valores mobiliarios no conocidos en nuestra práctica comercial y existentes en otros países, pueden examinarse en las obras de: BOEMLE M., Papiers-valeurs, titres et documents bancaires, Lausanne, 1.971; págs. 144 y ss.; RETAIL L., Les titres de sociétés et leur évaluation; - París, 1.961, págs. 40 y ss.; DARST D.M., The -- complete Bond book, N. York, 1.975.

Así, siguiendo a GARRIGUES (178) cabe señalar las siguientes modalidades:

a) Por la persona del emisor, cabría - distinguir entre los valores-mobiliarios "públicos" -- -emitidos por el Estado, Corporaciones o Entidades de tal carácter- y los "privados" -cuando lo son por sociedades, entidades o personas de tal carácter-. El -- art. 67, 1º y 2º del Código de comercio establece ésta distinción.

b) Por el objeto del derecho incorporado al documento, se puede diferenciar entre los valores mobiliarios "jurídico-personales" (vgr.: las acciones de una sociedad anónima que incorporan, además de un de recho de crédito, la cualidad de miembro de la socie-- dad) y los "jurídico-reales", que son los que atribu-- yen al titular una dominación real sobre alguna cosa - (vgr.: obligaciones hipotecarias).

c) Por su sustantividad: "principales" si incorporan un derecho de vive por sí mismo (vgr.: - acciones) y "accesorios", si incorporan un derecho que tiene ese carácter respecto de otro (vgr.: cupón de -- acción de obligación).

d) Por la manera de estar designado el titular: valores-mobiliarios "al portador" que desig-- nan como titular, no a una persona determinada, sino - al portador o poseedor del título (vgr.: acciones al - portador), y valores-mobiliarios "nominativos" que de-

(178) La clasificación que de los títulos-valores hace GARRIGUES (Tratado de Derecho mercantil, cit.; - Tomo II; págs. 15 y ss.) puede ser aplicada -con matices- a los valores mobiliarios, y así se hace en el texto.

ella (vgr.: acciones nominativas). La característica - más relevante de ésta distinción radica en las formalidades a que se debe adecuar su transmisión (art. 35 - de la L.S.A. y arts. 67 y 68 del Reglamento de Bolsas de 30 de junio de 1.967).

Si tratamos de centrar el tema en la dirección más útil para nuestro trabajo, debemos señalar que el vigente Reglamento de Bolsas trata de matizar los términos del art. 67 del Código de comercio en el que, como ya hemos apuntado, se distingue entre -- "los valores y efectos públicos" (párrafo 1º) y los -- "valores industriales y mercantiles emitidos por particulares o por Sociedades o empresas legalmente constituidas" (párrafo 2º). Pero el Reglamento subsume el -- apartado 1º del artículo del Código de comercio bajo la rúbrica única de "efectos públicos" donde incluye los que por definición del art. 68, del mismo cuerpo legal, así han de estimarse (179) además de los títulos-valores -tal es la expresión literal del Reglamento- que - representen créditos contra los organismos autónomos - del Estado, los emitidos por las Entidades oficiales - de Crédito y los que puedan emitirse con tal carácter por disposición legal (art. 22) (180). El mismo Regla-

(179) Art. 68 del Código de Comercio: "Para incluirlos en las cotizaciones oficiales de que habla el -- artículo anterior, se comprenderán bajo la denominación de efectos públicos: 1º) Los que por medio de una emisión representen créditos contra - el Estado, las Provincias o los Municipios y legalmente estén reconocidos como negociables en - Bolsa. 2º) Los emitidos por las naciones extranjeras, si su negociación ha sido autorizada debidamente por el Gobierno, previo dictamen de la - Junta Sindical del Colegio de Agentes de Cambio."

(180) Nos parece superflua la expresión que utiliza el Reglamento de Bolsas en su art. 56, al establecer que serán objeto de contratación bursátil "los - efectos públicos y asimilados" (apdº. a), porque la asimilación ha de producirse siempre por declaración expresa y, en ese caso, sería de aplicación el apdº. d) del art. 22 del mismo Reglamento.

cionales -olvidando el texto del Código de comercio- todos los emitidos por Sociedades, otras personas jurídicas, fondos de inversión mobiliaria y los de carácter hipotecario emitidos por personas físicas, de nacionalidad española, siempre que unas y otras se rijan por normas de derecho privado (art. 25).

De acuerdo con la caracterización efectuada de los valores mobiliarios y con los términos -- utilizados en el Código de comercio, Reglamento de Bolsas, LSA y otras disposiciones específicas, cabe admitir la existencia, como valores mobiliarios "típicos", de las siguientes categorías jurídicas: acciones, obligaciones y efectos públicos. Junto a éstos valores mobiliarios, no cabe silenciar que existen otros títulos valores, en los que se plantea la duda razonable de si pueden o no considerarse de aquella condición. La solución nos impone un rápido recorrido por la norma y la doctrina que nos sitúe ante conclusiones válidas.

2.1. Efectos públicos. Se deben considerar como tales los valores-mobiliarios que representen créditos contra el Estado, la Provincia y el Municipio (según autoriza el art. 68 del Código de comercio) (181).

Pero en este punto ha surgido una cuestión interpretativa al contemplar el párrafo 1º del -- art. 67 del Código de comercio en donde se establece -- la diferenciación entre "valores" y "efectos públicos". Para GOMEZ MORENO (182) no era intención del legisla--

(181) Vid. AGUILAR HARDISSON M., Situación de la Deuda pública española; Madrid, 1.967.

(182) Citado por RODRIGUEZ SASTRE, Operaciones de Bolsa, cit.; tomo I, pág. 121. Este mismo criterio sigue RUA A., Los Fondos públicos y el mercado bursátil, en Rev. Hacienda pública Española, Madrid, nº 20, 1.973; pág. 71.

dor establecer diferencias entre ambos términos, de tal forma que las borra en el artículo siguiente, pero no es de tal opinión BAS Y RIVAS (183), basándose en la capacidad "legalmente reconocida como negociables en Bolsa" (art. 68, 1º, Código de comercio) que tienen los efectos públicos (184) y de la cual carecían los "valores públicos" (185).

En el Boletín de Cotización Oficial de la Bolsa de Madrid se incluyen bajo el epígrafe de "efectos públicos" la Deuda del Estado (perpetua, -- amortizable, Cédulas para inversiones) (186), de Deuda de las Corporaciones públicas (organismos oficiales -I.N.C., INV, RENFE, Cédulas de Reconstrucción nacional-, Puertos, Ayuntamientos y Cédulas del Banco Hipotecario, del Banco de Crédito Local, Interprovinciales, etc.) (187).

(183) Derechos Reales, cit.; pág. 397.

(184) Cita entre los "efectos públicos", las Cédulas -- del Banco de Crédito Local (art. 58 Reglamento 22 de julio de 1.925 y art. 8º Ley 16 junio de 1.942), las obligaciones emitidas por el I.N.I. (art. 20, Reglamento 22 de enero de 1.942) y las Cédulas -- del Banco Hipotecario (art. 97, Estatutos de 3 de noviembre de 1.928). Como "valores públicos" señala la las Cédulas de crédito naval (art. 5º, ley 24 de enero 1.941).

(185) Cita como tal, las Cédulas de Crédito naval (art. 5º de la ley de 24 de enero de 1.941).

(186) Vid. FERREIRO J.J., Las cédulas para inversiones -- como medio de financiación del crédito oficial en nuestro ordenamiento jurídico, en Rev. Hacienda pública Española, Madrid, nº 4, 1.970; págs. 35 y ss.; SOLE G., La deuda pública española y el mercado de capitales, Madrid, 1.961.

(187) Es curioso observar como no existe una total correspondencia en la clasificación que de los efectos -- públicos efectúan los Boletines de Cotización Oficial de cada una de las tres Bolsas españolas.

sin duda por aplicación de un léxico extraído del lenguaje jurídico bancario (188), de ordinario, al conjunto de valores encuadrados como "efectos públicos" se les conoce bajo la denominación de "fondos públicos", que es la terminología adoptada por la LIE (art. 10) y que repite el RIE (art. 10).

Dentro del término efectos públicos se han de considerar incluidos, tanto los valores que el Estado, las Entidades de Derecho público, etc., emiten en el mercado interno como los que se efectúan en el internacional.

2.2. Valores con aval del Estado, Provincia o Municipio (189). Es indudable que se admita - que los títulos emitidos por sociedades, empresas o particulares con facultades para ello, deben ser considerados como valores mobiliarios si reúnen las características propias de estos. Pero doctrinalmente se discute si, cuando tales emisiones son avaladas por el Estado, la Provincia o los Municipios pueden incluirse - en la categoría de los "efectos públicos". Las opiniones no coinciden. BAS y RIVAS (190) no aceptan tal ca-

(188) Tal vez un reflejo del denominado hasta 1.971 coeficiente de inversión de la Banca, en el que se incluye la rúbrica de "fondos públicos" (LOB, 14 de abril de 1.962; L. 19 de junio de 1.971).

(189) Nos remitimos a AGUILAR HARDISSON, Situación de la Deuda pública española, cit.; págs. 24-26. Las normas que regulan la prestación del aval por el Estado son el R.D. de 24 de enero de 1.926 -que establece las condiciones formales de su concesión-, el art. 12 de la ley sobre régimen de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1.958, el art. 5º de la Ley de creación del INI (25 de noviembre de 1.941 y en algunas leyes de presupuestos. - Las normas de régimen local son aplicables a los presupuestos del aval prestado por las Corporaciones locales y provinciales (vgr.: art. 329 del D. 25 de enero de 1.946).

(190) Derechos reales, cit.; pág. 397. Se funda el autor en que en estos valores no se produce la condición

factor, mientras que para otros, la conclusión es radicalmente opuesta (191). El tema, a nuestros efectos, - no plantea en el terreno práctico cuestión alguna, tan to si se les atribuye el carácter de efectos públicos como si se les niega. Pero hemos querido dejar constan cia de tal cuestión doctrinal, en la que nos inclina-- mos por la respuesta negativa.

En los Boletines de Cotización de -- las tres Bolsas, los valores con aval del Estado se incluyen en la categoría de "efectos públicos".

2.3. Acciones. En el supuesto de las acciones, que representan partes alícuotas del capital social (arts. 1 y 33 LSA) el tema no plantea cuestión especial alguna en el terreno en que nos movemos. La LSA admite que puedan existir, en una misma Sociedad, distintas clases o series de acciones, cuya diferencia puede consistir en el valor nominal, en el contenido - de los derechos o en ambas cosas a la vez, pero siem-- pre bajo la salvaguardia de la igualdad absoluta -en - valor y derecho- de las de igual serie o clase (art. - 37). No son lícitas en nuestro Derecho las acciones de voto plural (art. 38, 2, LSA), pero sí lo serán las -- "privilegiadas" (art. 38, 1, LSA) que, de ordinario, - concretan su privilegio a la obtención de una "renta - de prioridad".

de representar créditos contra el Estado, Provincia o Municipio, ya que la garantía -dice- no es suficiente para configurar el crédito, y además aduce el argumento legal que le proporciona el art. 2º - del R.D. de 9 de septiembre de 1.854, que consideraba también como efectos públicos "los emitidos - con garantía prestada por el Gobierno y con obliga ción subsidiaria del Estado".

- (191) RUA (Los Fondos públicos, cit.; pág. 72). Entiende que la garantía que representa el aval les confiere a estos títulos el carácter de créditos contra dichas entidades públicas.

Es indiferente que se trate de acciones incorporadas a títulos definitivos o provisionales, unitarios o múltiples (192).

2.4. Los derechos de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones (art. 39, 2º LSA).

De ordinario tal derecho de suscripción suele incorporarse a un documento (cupón), cuya característica más singular es la posibilidad de su transmisión o negociabilidad, independiente del título-acción del que procede o se desmembra.

(192) A éste respecto señala BROSETA que muy frecuentemente las sociedades anónimas no suelen disponer en su momento constitutivo de los documentos impresos que son las acciones. Por ello, y para sustituirlos, los accionistas suelen recibir "resguardos provisionales" que acreditan su condición hasta el momento en que la sociedad expida las acciones. Estos resguardos han de ser necesariamente nominativos (art. 34) y su contenido literal y escrito habrá de ser el mismo que la Ley exige para las acciones (art. 43). Esto no obstante, la experiencia demuestra (especialmente en nuestro país, dado el gran número de pequeñas y medianas sociedades existentes) que esta provisionalidad se convierte en situación definitiva. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia han analizado la naturaleza y el régimen de estos resguardos provisionales, concluyendo que son títulos que representan y sustituyen a las acciones emitidas (Sent. T.S. de 9-IV-1.941 y Resolución 24-XII-1.948). En este sentido ha dicho URÍA que los resguardos provisionales son verdaderos títulos valores, y ha afirmado WIELAND que legitiman para ejercitar los derechos sociales. Podemos añadir que son transmisibles, al igual que las acciones nominativas. Al lado de los resguardos provisionales, existen los llamados extractos de inscripción, que son títulos múltiples (suelen referirse a varias acciones) expedidos por los administradores de la sociedad, y en los que se hace constar el número y la clase de las acciones nominativas detentadas por el accionista al que se expide el extracto. Al igual que los resguardos provisionales, funcionan como títulos valores que sustituyen a las acciones nominativas, legitiman a su titular para el ejercicio de los derechos sociales, incorporan la condición de accionista y, finalmente, permiten la transmisibilidad de las acciones cuya titularidad acreditan. (Manual de Derecho mercantil; Madrid, 1.972; pág. 195).

Estos documentos -cuya naturaleza jurídica no ha dejado de ser considerada por la doctrina (193)- presentan las características propias de los valores-mobiliarios, por lo que no existe inconveniente - alguno en clasificarlos entre los de tal categoría (194).

2.5. Acciones en las Sociedades Comanditarias. Como señala SANCHEZ CALERO (195), dentro de la sociedad en comandita se distingue entre la llamada "simple" y la "por acciones". Esta segunda se caracteriza porque la participación de los socios comanditarios está representada por acciones (no regulada en -- nuestras leyes, sino únicamente por medio de algunas -- menciones, art. 160 del Código de comercio, Disposición transitoria 3ª LSA y art. 99 del Reglamento mercantil).

No creemos que plantee ningún problema la caracterización de éstas acciones como valores mobiliarios, porque ante la ausencia de norma legal explícita que las configure, cabe atribuirles la misma consideración que a las acciones emitidas por las Sociedades anónimas (196). Por otra parte, el citado art. 99 del -

(193) Se ha discutido en la doctrina italiana sobre su naturaleza de título-valor o título de legitimación. Vid. NOBILI R., Contributo allo studio dell diritto de opzione nelle società per azioni, Milán, 1.958; pág. 104; SENA, "Le cedole di azioni di società" - en Rev. Trimestrale Diritto e Procedura Civile, 1.957, págs. 792 y ss.; MICCIO R., Il diritto di opzioni nell'aumento di capitale delle società per azioni, Nápoles, 1.957.

(194) En nuestro país, son muy interesantes los estudios monográficos de: SANCHEZ ANDRES A., El derecho de suscripción preferente del accionista, Madrid, 1.973, y ALVAREZ ALVAREZ J.L., Ejercicio del derecho de suscripción preferente, en Anuario de Derecho civil, Madrid, tomo XVII (abril-junio, 1.964), págs. 263 y ss.

(195) Instituciones de Derecho mercantil, Valladolid, - 1.977; pág. 147.

(196) Este mismo criterio es sustentado por CAMARA (Estudios de Derecho mercantil; Madrid, 1.977; Vol. I; pág. 393), para el cual la transmisión de las accio

Reglamento mercantil establece un criterio de analogía con las anteriormente citadas, que coadyuva a fundamentar el criterio de la equiparación.

2.6. Títulos de disfrute. Bajo ésta rúbrica estudia GIRON TENA (197) los llamados "bonos y acciones de disfrute" cuya diferenciación no es demasiado evidente para la doctrina. La LSA se refiere a los primeros en el párrafo final de su art. 39, y sobre la redacción de éste precepto y su conexión con el anterior, se han establecido las dos siguientes categorías de títulos de disfrute:

a) "Bono de disfrute", como título entregado al titular de acciones ordinarias reembolsadas, y que solo conceden el derecho a participar en las ganancias y en el patrimonio resultante de la liquidación, y

b) "Acciones de disfrute" que, reemplazando a las acciones ordinarias reembolsadas, conceden -a la vista de la licitud del pacto estatutario correspondiente- los mismos derechos que a las acciones ordinarias: políticos y económicos.

En este segundo supuesto, la idea del valor-mobiliario no puede ser discutida, y en el primero, siendo más dudosa la respuesta, optamos por la negativa.

2.7. Partes de fundador. Si con ante--

nes se puede formalizar en escritura o póliza intervenida por fedatario mercantil, sin necesidad, salvo pacto estatutario en contrario, de contar con la conformidad de los socios colectivos, no siendo necesaria la inscripción del cambio de titularidad en el Registro mercantil.

(197) Derecho de sociedades anónimas; Valladolid, 1.952; pág. 226.

rioridad a la publicación de la LSA, era posible retribuir las gestiones, iniciativas, trabajos preliminares, estudios, etc. de los promotores de la sociedad, mediante la entrega de acciones, después del 17 de julio de 1.951, esa práctica ya no es posible. Los arts. 12 y 30 admiten las "ventajas" en el reparto de beneficios a favor de los fundadores y promotores de la sociedad, pero con la salvedad de que, pudiendo incorporarse a títulos nominativos, éstos sean distintos de las acciones. Pero el hecho de que no sean acciones, no les priva -a nuestro entender- de la posibilidad de que se considere que los partes de fundador sean valores-mobiliarios de carácter especial y, como tales, fueron objeto de gravamen en el desaparecido Impuesto de emisión (art. 6º ley 13 de marzo de 1.943). No obstante, creemos con GASPERONI (198), que nos encontramos ante un simple título de crédito que incorpora un derecho eventual sobre los beneficios sociales y en los que, tal vez, sería forzado pretender descubrir las circunstancias que confluyen en la conceptualización del valor-mobiliario. La limitación en el plazo de vigencia -por un periodo máximo de quince años (art. 12 LSA)- impide que a los fundadores y promotores pueda considerárseles, en cuanto tales, como socios o accionistas.

2.8. Obligaciones. Las obligaciones -denominadas también en algunos países hispanoparlantes "debentures" (199)- son títulos negociables, emitidos por

(198) Las acciones de las sociedades mercantiles; Madrid, 1.950; pág. 193.

(199) Vid. I.N.T.A.L., Proyecto de ley uniforme de títulos-valores para América Latina; Argentina, 1.967; pág. 16: ya acepta el término "debentures" en sustitución del término "obligación", por ser éste último muy equívoco y porque "debentures" ha sido ya aceptado por algunos países latinoamericanos, como Argentina y Brasil. Sobre el nacimiento y significado del término inglés, puede verse: ARRILLAGA J. I., Emisión de obligaciones y protección de los obligacionistas; Madrid, 1.952, pág. 26, nota 1.

tante, generalmente a largo plazo, y divide su deuda en un gran número de partes o cuotas (RIPERT), o más técnicamente podrían conceptuarse como títulos de crédito, uniformes, negociables e indivisibles, emitidos en masa por una empresa mercantil o industrial, que representan fracciones iguales de un préstamo y que confieren a su titular el derecho al cobro de intereses y al reembolso de su valor nominal, cuando menos, en época determinada (ARRILLAGA) (200).

Pero éstos conceptos ya no son exactos del todo al haber aparecido unas nuevas modalidades de obligaciones que, de alguna manera, violentan la noción clásica.

La aparición de las obligaciones con rendimiento variable (en sus dos modalidades: con cláusula de revalorización o indicadas y con cláusulas de participación) y las obligaciones convertibles en acciones, han trastocado profundamente el sentido tradicional que se asignaba a estos valores-mobiliarios, llegando a hablarse de la "crisis de la distinción entre las obligaciones y las acciones" (201). Su admisión en nuestro Derecho no ofrece duda alguna (art. 111 --LSA) y su adscripción a la categoría de los valores mobiliarios tampoco, tanto si son "simples" como ga--

(200) Emisión de obligaciones, cit.; pág. 31.

(201) ANGULO L., La financiación de empresas mediante tipos especiales de obligaciones; Bolonia, 1.968; pág. 32. Nos remitimos a DEFOSSE G., Les obligations convertibles en actions, París, 1.965, y a DALLEVES L., L'obligation convertible en droit comparé et spécialement en Droit suisse; Sión, 1.963. VELO D., Le obbligazioni convertibili in azioni, Milán, 1.975.

antiguas hipotecariamente o por otros medios (garantía del Estado, Provincia, Municipios, prenda de efectos públicos, etc.).

2.9. Bonos de caja. Los Bonos de caja - se crearon por el D.L. de 29 de noviembre de 1.962, nº 53, como un instrumento financiero típico para la captación de pasivo por parte de los Bancos industriales -- (202). Se trata de títulos de renta fija, cuyo vencimiento ha de ser por imposición legal superior a dos años y negociables en Bolsa (203).

Sus características más acusadas son,-- prácticamente, las mismas que señalábamos en las obligaciones, y de ahí que su naturaleza jurídica sea idéntica.

Dentro de ésta categoría de valor mobiliario existe una variante digna de resaltarse. Nos referimos a los llamados "Bonos de caja convertibles" que confieren la posibilidad a sus tenedores, dentro de los límites y condiciones de su emisión, de obtener el "canje" (204) de sus Bonos por acciones de la Entidad emiso-

(202) Esta disposición fué desarrollada por la O.M. de 21 de mayo de 1.963.

(203) Se trata de títulos a medio plazo, cuya amortización comenzó colocándose a los diez años para irse reduciendo, posteriormente, hasta los cinco ó seis, según la costumbre hoy en día. Los tipos de interés de cada emisión han ido evolucionando igualmente (desde el 4'75 al 10%, con carácter general). No se ha publicado ningún estudio amplio sobre este activo financiero, pero una idea sobre el mismo puede encontrarse en BELTRAN L., Diccionario de Banca y Bolsa, Barcelona, 1.969; págs. 208-209 (voz: Bonos de Caja). Sobre sus características financieras pueden consultarse las publicaciones de INDUBAN, La Banca privada (en cada año).

(204) La doctrina jurídica francesa distingue, apoyándose en su práctica mobiliaria, entre los títulos "convertibles" y los "canjeables", señalando que, en el primer caso, el titular ostenta un simple derecho de crédito contra el emitente y que, en -

ra (205). Su naturaleza jurídica es similar a la de las obligaciones convertibles.

Existen bonos de caja que pueden conceder otra serie de ventajas distintas a la convertibilidad (206), pero que en realidad en nada hacen variar su calificación como título de renta fija en sentido estricto.

ciertas épocas y en determinadas condiciones pre-fijadas, puede escoger entre la convertibilidad o no en acciones. Los títulos "canjeables" implican la simultánea ampliación del capital social de la emisora y la obligación de efectuar el canje para el titular de aquellos en las condiciones que, también, previamente se hayan establecido, y entre las cuales figura la obligación para la emisora de acceder al canje tan pronto lo requiera el titular del valor de renta fija durante el plazo de vigencia de éste. (Vid. FERRONNIERE J., Les opérations de Banque; París, 1.976; págs. 572 y 573; - DEFOSSE, Les obligations convertibles, cit.; págs. 53 y ss.).

- (205) De ordinario esta convertibilidad afecta solamente a un determinado porcentaje del nominal total de la emisión de Bonos. Tanto los bonos como las acciones por las que se canjean, la práctica corriente es valorar ambos títulos o por su valor nominal o, las acciones, por el valor promedio de su cotización en Bolsa durante un determinado plazo de tiempo (en éste caso suelen existir "cláusulas de antidilución" que evitan oscilaciones peligrosas en las valoraciones. Sobre este punto y las posibles causas de "dilución" o depreciación del derecho de conversión, nos remitimos a DALLEVES, L'obligation convertible, cit.; págs. 58 y ss.). Los "cupones" que dan derecho al canje pueden ser negociados independientemente, como si de derechos de suscripción preferente se tratase.
- (206) Tal es el caso en que los bonos, además de cupones destinados a facilitar el cobro de intereses, llevan unos "cupones especiales" mediante los cuales pueden adquirir determinadas clases de valores facilitados por el Banco emisor de aquellos y en condiciones especiales (vgr.: emisión de Bonos del Banco Urquijo, de fecha 31 julio 1.975). En otras emisiones, se procede a reajustar el tipo de interés en función de las variaciones que experimente un parámetro conocido (vgr.: el tipo de interés básico del Banco de España).

año 1.973 -recogiendo el contenido del art. 31 de la - Ley de Presupuestos Generales del Estado de 22 de di-- ciembre de 1.972- aparecen los Bonos del Tesoro, como instrumento de política monetaria, cuyas característi- cas principales son las siguientes: a) se trata de un activo financiero dirigido a la inversión por parte de entidades bancarias, cajas de ahorro, y sociedades y - fondos de inversión mobiliaria (208); b) vencimientos a corto plazo (tres meses desde su fecha); c) nomina-- les muy elevados (série A: 500.000 ptas.; série B: cin-- co millones y série C: veinticinco millones); d) intere-- ses reducidos (5% anual); e) negociabilidad entre las Entidades que pueden suscribirlos a través de un merca-- do secundario, sin intervención obligatoria de fedata-- rio público y f) se les conceden amplias exenciones -- fiscales.

Como puede observarse sus caracterís- ticas específicas coinciden, en lo que a su caracteri- zación jurídica atañe, con las predicadas para los va- lores mobiliarios, de ahí que no susciten dudas en cuan- to a su consideración como tales.

La imposibilidad de transferencia a - personas y sociedades privadas (no de inversión mobilia

(207) Un antecedente próximo de estos activos financie- ros se encuentra en los llamados "Pagarés del Te- soro", regulados por la O.M. de 13 de marzo de - 1.969. Deuda pública a corto plazo -6 y 12 meses- con tipos de interés nominal muy bajos -2 y 4'5% anual, respectivamente- tuvieron tan poca acepta- ción que, al amortizarse en marzo/abril de 1.970 los últimos emitidos, no se han vuelto a poner - en circulación otros nuevos.

(208) Se ha propugnado su accesibilidad a los particu- lares y sociedades en general (ORTEGA R. y BOYER M., La deuda pública a corto plazo: aspectos ge- nerales y problemas de su creación y funcionamien- to en España, en Rev. Hacienda Pública Española, Madrid, nº 20, 1.973; págs. 66).

ria) no implica, prácticamente, ninguna especialidad jurídica sustancial. Por otra parte, cabe pensar que puedan ser adquiridos por inversionistas extranjeros en los que concurran condiciones de legitimación para ello (vgr.: Banca extranjera operante en España).

2.11. Bonos o acciones de trabajo. - Constituyen ésta clase de títulos-valores la representación de un nuevo sistema elaborado para llevar a la práctica la participación del personal en las utilidades y en la gestión de la empresa, como escribe PERROTTA (209). Nuestra LSA no permite la emisión de éstas "acciones de trabajo" porque exige que el capital se integre por las aportaciones de los socios (art. 1º) y éstas han de consistir en dinero, derechos de crédito, bienes muebles o inmuebles y derechos asimilables a ellas (art. 31). Pero parece posible que, si como consecuencia de la prestación de trabajo o industria a la sociedad se concede un derecho a participar en los beneficios sociales, éste pueda materializarse en un documento (lógicamente nominativo).

No obstante, las características que, de ordinario, confluyen en éste tipo de título-valor, y fundamentalmente, la intransferibilidad, nos permiten sostener que su naturaleza jurídica responde mejor al título de crédito que a la del valor mobiliario.

2.12. Certificados representativos de participaciones en Fondos de Inversión Mobiliaria. Con arreglo al art. 24 de la O.M. de 1º de diciembre de -

(209) Bonos de Trabajo en la sociedad anónima; Buenos Aires, 1.972; pág. 27.

1.970, las "participaciones" en un Fondo de Inversión Mobiliaria -que implican el reconocimiento de un derecho a favor del partícipe, sobre el patrimonio del Fondo- estarán representadas por "certificados nominativos, sin valor nominal" que "podrán agrupar a una o varias" participaciones de un mismo partícipe.

La naturaleza jurídica de éstos "certificados" ha sido objeto de estudio y discusión, porque -como indica DUQUE (210)- la O.M. de 1.970 no les atribuye explícitamente la calificación de título-valor -- (211). El profesor POLO se ha ocupado cumplidamente -- del tema admitiendo, pese a sus primeras dudas y cavilaciones (212), que se trata de auténticos valores mobiliarios porque reúnen las características esenciales -

(210) Participaciones y certificados en los Fondos de inversión mobiliaria, en Coloquio sobre el Régimen de los Fondos de inversión mobiliaria; Bilbao, 1.974; págs. 323 y ss.

(211) FERNANDEZ AMATRIAIN (La Bolsa; Bilbao, 1.968; pág. 92) estima que su configuración como título valor deriva no sólo del Decreto-Ley que los ha creado, sino de tener también ésta consideración en el Reglamento de Bolsas, al que achaca impropiedad terminológica al referirse a los "certificados" en vez de a las "participaciones". Creemos que no pueden aceptarse ninguno de estos dos argumentos. El primero porque admite una construcción "formal" del valor mobiliario, lo que no nos parece correcto, sobre todo cuando achaca, al propio tiempo, imprecisión terminológica a uno de -- los textos legales en que se funda; el segundo, - porque el valor mobiliario no es la participación sino el certificado que representa el derecho de participación que el titular tiene en el Fondo.

(212) La admisión de valores, cit.; págs. 53 a 59. Principalmente esgrimía como argumento una doble circunstancia: de una parte, el hecho de que la entidad emisora de los certificados no era el Fondo - sino la Sociedad gestora en unión del Depositario de los valores -art. 2º, nº 8, a) del Reglamento de 5 de junio de 1.964- en virtud de un expreso - mandato legal; de otra, la circunstancia de que - el Fondo, como entidad titular del patrimonio mobiliario al que dichos certificados hacen referencia, no alcanzaban en la ley la categoría de persona jurídica.

clusión llega DUQUE que conceptúa a los referidos certifi-
ficados como verdaderos valores mobiliarios, aunque --
creemos que hemos de matizar el que, dentro de ésta ca-
tegoria general, adquieren un carácter "sui generis" --
que les sitúa a medio camino entre las acciones y las -
obligaciones, porque la posición de su titular no es ni
la del acreedor en el sentido del obligacionista -pues-
to que puede llegar a perder la totalidad de su inver--
sión, lo que parece teóricamente impensable en el caso
de las obligaciones-, ni la del accionista en cada una
de las sociedades participadas por el Fondo -porque el
partícipe no se le otorgan directamente los derechos, -
ni asume las obligaciones, que lleva aneja tal condi--
ción-.

2.13. Participaciones en el capital -
de Sociedades de Responsabilidad Limitada. En las SRL,
la Ley (de 17 de junio de 1.953) sigue el sistema de di-
vidir el capital social en participaciones iguales, acu-
mulables e indivisibles (art. 1º). Tales participacio--
nes se consideran como bienes muebles, lo cual permite
que puedan ser objeto de derechos reales, como el usufruc-
to o la prenda, que se regulan siguiendo principios --
iguales que en el caso de las acciones, con las particu-
laridades que derivan del hecho de que no existen divi-
dendos pasivos ni títulos a los que se incorpora la par-
ticipación (nos remitimos a los arts. 24 y 25 LSRL) --
(213). En sus características difieren sustancialmente
de los valores-mobiliarios (214).

Además, en éste sentido, parece no de

(213) SANCHEZ CALERO F., Instituciones de Derecho mercan-
til; Valladolid, 1.977; pág. 246.

(214) Una Revolución de la Dirección General de Registros
les confiere el carácter de "título-valor" (Res. 2
de marzo de 1.965).

LSRL, a cuyo tenor "las participaciones en que está dividido el capital social no podrán incorporarse a títulos negociables ni denominarse acciones".

Las "participaciones" en el capital de la SRL no pueden, por tanto, admitirse en la categoría de los valores mobiliarios.

2.14. Certificados de depósito y documentos similares. Tal vez sea el certificado de depósito el activo financiero que haya logrado una mayor popularización en los últimos tiempos (215). Puede conceptuarse como resguardos acreditativos de depósitos a plazo fijo de cantidades en efectivo, -- emitidos con cláusula a la orden, por los Bancos y -- Cajas de ahorro.

Responde la creación del título a la necesidad de poder movilizar los fondos depositados a plazo en un Establecimiento de crédito, en virtud de una operación individualizada entre el depositante y el depositario. No cabe, por tanto, hablar de emisión en masa, ni de igualdad objetivada de las condiciones, puesto que se establecen en cada caso -- concreto, dentro de los límites de la ley.

Toda vez que no reúne las características propias del valor mobiliario, porque responde mejor a la de los "efectos de comercio" (la otra subespecie de los títulos-valores), debe descartarse su inclusión como materia de nuestro análisis.

(215) Vid. BANKUNION, Certificados de depósito, s/f.; -- BORTOLANI S., Los certificados de depósito en el sistema bancario estadounidense, Madrid, 1.972; -- FERNANDEZ FLORES F., y DE ANDRES M., Certificados de Depósito, Barcelona, 1.973.

igual argumentos e idénticas concu-
siones deben señalarse en el caso de letras de cambio
y documentos similares.

2.15. Valores extranjeros admitidos a cotización en las Bolsas españolas. El Código de Comercio (art. 68, 2º) comprende, al efecto de poder ser incluídos en las cotizaciones oficiales y bajo la denominación de "efectos públicos" a "los emitidos por naciones extranjeras si su negociación ha sido autorizada debidamente por el Gobierno, previo dictámen de la Junta Sindical del Colegio de Agentes de Cambio". Y en su art. 70 establece, igualmente, la posibilidad que - se puedan "incluir en las cotizaciones oficiales como materia de contrato de Bolsa los documentos de crédito al portador, de empresas extranjeras constituídas con arreglo a las leyes del Estado en que dichas empresas radiquen" previa autorización de la Junta Sindical -- cumpliendo unas determinadas prescripciones. El Reglamento de Bolsas acepta y regula igualmente ésta posibilidad en sus arts. 22, 23 y 35.

De hecho, en la actualidad, no se - producen situaciones en que hayan de aplicarse las normas reseñadas (216), pero es previsible que, de llevarse a efecto la incorporación española a la CEE, o simplemente con el incremento de la interdependencia financiera entre países, tal posibilidad se realice inexorablemente.

Estos títulos extranjeros, en cuanto

(216) En la actualidad se encuentran admitidos a cotización oficial en la Bolsa de Madrid dos clases de - valores extranjeros con la garantía del Estado español (Empréstito del Majzen y Ferrocarril Tánger a Fez) y tres sin tal garantía (Real Compañía Asturiana de Minas-Bélgica-, Banco de Galicia y Buenos Aires y Banco Nacional de Méjico).

reunan las condiciones requeridas por la ley española (arts. 68, 2º y 70 del Código de comercio) no presentan dificultad alguna para su inclusión en la categoría de los valores mobiliarios.

Como resumen de cuanto se ha indicado, creemos que podría establecerse una nueva y doble clasificación de los valores mobiliarios que responda conjuntamente a sus características específicas, al grado de adaptación a las generales de los valores mobiliarios y a la "naturalidad" de su utilización, - distinguiendo entre:

a) Valores mobiliarios típicos:

= efectos públicos, incluyendo Bonos del Tesoro;

= valores privados:

- acciones de S.A. y de Soc. comanditarias,
- obligaciones,
- derechos de suscripción preferente,
- Bonos de caja,
- Certificados de participación en Fondos de Inversiones mobiliarias;

= valores con aval del Estado, Provincia o Municipio;

= valores extranjeros.

b) Valores mobiliarios atípicos:

- Bonos de disfrute.
- Acciones de disfrute.
- Partes de fundador.

3. LA IE A TRAVES DE VALORES MOBILIARIOS.

Al analizar el art. 3º del RIE -que

servar como se autorizan operaciones de IE a través -
de valores mobiliarios en las hipótesis siguientes:

1ª. Inversión de participación.

El término "participación" tal y -
como lo encontramos utilizado en las normas jurídicas
(vgr.: art. 239 del C. de c., 393 y ss. del C.c., O.M.
de 1º de diciembre de 1.970 sobre Fondos de Inversión
Mobiliaria, art. 1º LSRL, etc.) parece traducir la --
idea de "titularidad compartida de una cosa (entendi-
da esta palabra en su más omnicomprendivo sentido ju-
rídico; arts. 1094 y ss. del C.c.) y la de una cier-
ta intervención en su gestión o conducción". Ambas --
condiciones deben darse conjunta e indefectiblemente.

Bajo éstos términos existiría cla-
ramente una operación de IE por participación cuando
se adquiriese la condición de accionista en una socied
dad anónima, porque ello implica el nacimiento de un
derecho al patrimonio social (art. 39, 1. LSA), en el
reparto de las ganancias obtenidas (art. 39, 1. LSA)
y en la conducción de la gestión social, a través del
mecanismo del voto (art. 39,3. LSA). En las mismas --
condiciones, no existe participación en el caso de la
titularidad de "partes de fundador" (porque solo con-
ceden los derechos a que se refiere el art. 12 de LSA);
ni en el caso de los obligacionistas (porque no adquer
e ninguno de los derechos en que se traducen las dos
condiciones indicadas). Así creemos que podrían analiz
arse cada una de las modalidades anteriormente rese-
ñadas. Y precisamente a la vista de todas ellas, esta-
bleceríamos una subdivisión distinguiendo entre las -
"directas" y las "indirectas".

Se produce tal supuesto cuando el inver
sionista adquiere la cualidad de socio, plenamente, en -
una determinada sociedad, de ordinario anónima, aunque
también cabe la hipótesis en la comanditaria por accio-
nes.

En éstos casos la adquisición puede rea-
lizarse por los cauces siguientes:

- = suscribiendo acciones en el momento de constituir
se la sociedad.
- = obteniendo la titularidad de acciones previamente
circulantes en base a:
 - actos jurídicos a título oneroso: com
praventa, permuta.
 - actos jurídicos a título lucrativo: -
adquisición por actos mortis causa, -
donaciones.
- = adquiriendo derechos de suscripción preferente y
ejercitándolos para la suscripción de acciones -
en ampliaciones de capital.
- = suscribiendo, o adquiriendo después de su emisión,
títulos de renta fija convertibles en acciones.

b) Inversión de participación indirecta.

Se debería incluir en éste apartado la
situación en que se encuentra el titular de un certifi-
cado de participación en un Fondo de Inversión Mobilia-
ria, de acuerdo con la calificación otorgada en su mo--
mento. A través de la organización legal del Fondo, el
partícipe se coloca en una posición similar a la del --
accionista, aunque deba ejercitar los derechos que de -

... en forma indirecta (delegada, por lo), en favor de la Sociedad gestora y de la Entidad depositaria).

El RIE contempla en su art. 3º todas - las manifestaciones señaladas de la "inversión por participación", directa e indirecta, en sociedades españolas. En tal precepto admite la IE mediante:

1º) La suscripción de acciones en el - momento fundacional (apdº. 1.1.).

2º) La "adquisición total o parcial" - de las acciones previamente circulantes (apdº. 1.1., - debiendo interpretarse el precepto en el sentido de -- que se refiere a cualquier acto o negocio jurídico -inter vivos o mortis causa, a título oneroso o lucrativo-, porque así se deduce del sentido general del texto y corrobora el apartado 1. de la Disposición adicional 4ª del mismo RIE al referirse a "las personas que ... por sucesión testada o intestada, donación por causa - de muerte o actos de naturaleza análoga, adquieran la titularidad de alguna de las inversiones previstas en el art. 3º ...").

3º) La "adquisición de derechos de suscripción" (apdº. 1.2.).

4º) La "adquisición de participaciones de Fondos de Inversión mobiliaria" (apdº. 4.).

5º) La suscripción o adquisición posterior de "títulos privados de renta fija, convertibles en acciones" (apdº. 4.1.), es decir, obligaciones convertibles, bonos de caja canjeables por acciones y similares.

Con carácter general, se incluyen bajo ésta denominación todas las operaciones de IE en las que el inversionista aparezca como titular de unos valores mobiliarios que le legitimen, en concepto de acreedor, frente al receptor de su inversión.

Sobre ésta base, son IE por vía de préstamo las que se efectúan cuando el inversionista adquiere -en el momento de la emisión o en otro posterior- alguna de las clases de títulos propia o impropia catalogados como de "renta fija" (tal sucede en el caso de las obligaciones indicadas o reajustables, o -- con cláusulas de participación).

Así, con arreglo a los términos del mismo art. 3º del RIE, pertenecerían a ésta categoría de IE, y se considerarían incluidos en los apartados que se mencionan las siguientes operaciones de inversión:

- = la adquisición de los llamados efectos públicos (el apdº. 4: los denomina "fondos públicos", y entre los que habría - que incluir los "Bonos del Tesoro").
- = La adquisición de valores con el aval - del Estado, Provincia o Municipio (apdº. 4).
- = La adquisición de obligaciones en todas sus modalidades, con la excepción de -- las convertibles en acciones (apdº. 4.1.).
- = La adquisición de Bonos de caja (apdº. 4).

Aunque el texto legal no lo mencione expresamente, ha de entenderse, es obvio en cada caso, que -

se trata de valores mobiliarios emitidos por el Estado español, sus entes provinciales o municipales, o por sociedades y personas jurídicas o físicas que ostenten la nacionalidad española.

3º. Inversiones atípicas.

Habría que incluir en este apartado, las operaciones de IE que, materializadas en valores mobiliarios, encuentren un difícil encaje en cualquiera de las dos modalidades ya descritas.

Tal sería el caso de los llamados "títulos de disfrute" (Bonos y acciones) a los que ya hemos hecho referencia.

Si se intenta aplicar la norma específica del art. 3º del RIE, creemos que podrían acoplarse a lo previsto en el apartado 6º, a tenor del cual - la IE puede llevarse a efecto por "cualquier otra forma no contemplada en los números anteriores, previa autorización administrativa".

Por lo indicado, nuestro trabajo versará exclusivamente sobre las modalidades enumeradas, rehuendo cualquier otra consideración que nos aleje - del campo material así delimitado: IE de participación, de préstamo y atípicas, todas efectuadas a través de valores mobiliarios.

C.- METODO Y TECNICA DEL DERECHO ECONOMICO INTERNACIONAL.

Para una correcta impostación de la cuestión del método, en la Ciencia jurídica cabe distinguir -- entre el "método propiamente dicho" o modo de actuar, según los casos, en la elaboración, investigación, aplicación o enseñanza del Derecho, y las "técnicas" o instrumentos de que debemos servirnos en cada caso concreto -- (217), idea que, naturalmente, es aplicable en su integridad al Derecho internacional (218). Por fuerza, la referencia á esta cuestión, será deliberadamente breve.

1. EL METODO DE INVESTIGACION O DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO.

La especial concepción con que hemos caracterizado al Derecho económico internacional, hace que -- en él se reproduzcan las cuestiones clásicas que, a -- propósito del método, se plantean en el Derecho in--

(217) Vid. PEREZ ESCOBAR J., Metodología y técnica de la investigación jurídica, 2ª ed.; Bogotá, 1.976. Para este autor el "Derecho es arte ó técnica, ya que ha sido creado o constituido por el hombre para lograr un fin. Como arte el Derecho tiene también sus procedimientos propios, como el de aplicación de la norma a los casos concretos y los de elaboración de las normas o creación del Derecho".

(218) Como señala DIEZ DE VELASCO, es necesario, distinguir entre los "métodos jurídicos" y las "técnicas jurídicas". Los primeros pertenecen a los dominios de la lógica; las segundas han nacido en cada una de las disciplinas, ya jurídicas, ya no jurídicas, y son instrumentos puramente técnicos de los que -- se valen los cultivadores de las distintas ciencias para sus peculiares trabajos (Curso de Derecho internacional, cit.; pág. 184).

ternacional tradicional, sobre todo público, si cabe - con mayor énfasis aún en ésta rama del Derecho.

La discusión acerca de la necesidad - de buscar un método propio de investigación (219) ó de la utilización conjunta o alternativa de los que ofrece la ciencia en general, puede darse por reproducida en éste lugar.

Por lo menos, en el momento actual de la cuestión, ha de admitirse como más adecuada la segunda de las posibilidades señaladas: la heterogeneidad de los elementos que se dan cita en el Derecho internacional, exige un tratamiento metodológico variado. Por que al lado de componentes esencialmente jurídicos hay que reconocer la presencia de nociones de contenido filosófico, histórico, político y sociológico, que requieren una adecuada combinación de sus respectivos tratamientos metódicos, como el procedimiento más útil para su comprensión integral. De ahí que la doctrina ~~ius~~internacionalista, en general, propugne la utilización conjunta del método jurídico, como primordial (220), con el filosófico, histórico, sociológico y político.

-
- (219) Sobre éste punto, vid., HERRERO RUBIO, Derecho internacional público, Valladolid, 1.956; tomo I, -- págs. 103 y ss. y AGUILAR NAVARRO, Derecho internacional público, Madrid, 1.952; tomo I, págs. 35 y ss.; MIAJA, Introducción al Derecho internacional, cit., págs. 206-207; DIEZ DE VELASCO, Curso de Derecho internacional, cit.; págs. 172 y ss.
- (220) Porque -como indica DIEZ DE VELASCO- no podemos olvidar que el Derecho internacional es una ciencia jurídica y, por tanto, nuestra misión será combinar, en una moderada medida, los métodos jurídicos con aquellos que son peculiares a la investigación filosófica, histórica, sociológica, política, etc., cuando éstos sean necesarios usarlos para la investigación de factores no jurídicos que influyen directa o indirectamente en el Derecho internacional (Curso de Derecho internacional, cit.; pág. 176-177).

Las normas del Derecho económico están caracterizadas, según ya expusimos con anterioridad, por unos matices muy acusados y específicos, que adquieren - su verdadera dimensión en la aplicación de las mismas - al ámbito de las relaciones económicas internacionales.

Si el Derecho internacional tradicional aún no ha encontrado su específico método de investigación, sería ilógico pretender que fuese diferente - en un Derecho que, como el económico internacional, está en fase de construcción (221).

El Derecho económico internacional deberá utilizar el mismo procedimiento metodológico del Derecho internacional, es decir, servirse de la combinación de los diferentes métodos que la ciencia reconoce como útiles para la labor de investigación.

No obstante, estimamos que en esta concepción metodológica, se hace necesario resaltar un hecho que, de ordinario, no se presente o se percibe muy atenuadamente en otras ramas jurídicas. Nos referimos a la influencia extraordinariamente fuerte que factores - extrajurídicos alcanzan en esta disciplina.

Las nociones metajurídicas procedentes, sobre todo, del campo de la economía y de la política y aún, de la sociología, se hacen patentes con tal intensidad que nunca pueden ser olvidadas por el investigador, so pena de alcanzar resultados que nada tienen que ver con la realidad donde deban aplicarse. Y de ahí su

(221) En su estudio sobre el Derecho económico, FARJAT - aboga por la utilización de un procedimiento específico de investigación que parte del principio de la prioridad de un análisis "jurídico sustancial" frente al análisis "jurídico formal" (Droit économique, cit.; págs. 400 y ss.).

Por ello la gran importancia que debe concederse y otorgamos al estudio de los aspectos políticos, sociales y económicos que se hacen sentir, acentuadamente, en la investigación de los temas propios - del Derecho económico interno y del internacional.

Sin perjuicio de indicar posteriormente la conclusión a que conduce la idea señalada, debemos significar que, prescindiendo del método concreto que se adopte, la investigación implica abocarse fundamentalmente a la tarea de la aplicación del Derecho estricto senso, en cuanto proceso silogístico, lo que - consiste -según LARENZ (222)- en "subsumir un hecho en la regla jurídica correspondiente, de tal forma que se produce una determinada consecuencia jurídica".

Desde la óptica citada, utilizando palabras de DIEZ DE VELASCO (223), el técnico del Derecho puede adoptar dos posturas, preferentemente: la -- exegética y la dogmática. La primera -analítica- "consiste en seguir el estudio de un determinado texto respetando el orden de exposición del mismo sin trascender al espíritu del texto examinado "sirviendo" al jurista para disecar cada una de las piezas de que se -- compone el texto legal, estudiar incluso palabra por -

(222) Metodología de la ciencia del Derecho; Barcelona, 1.966; pág. 209.

(223) Aunque frecuentemente las posturas exegéticas ó dogmáticas se han elevado a la categoría de métodos, creo -escribe DIEZ DE VELASCO- excesiva ésta elevación. Son más bien simples posturas o actividades de trabajo en las que se coloca el jurista para sus elaboraciones (Curso de Derecho internacional, cit.; pág. 180).

palabra para ver su significado y, una vez que ha comprendido el texto o el artículo en sí, como una unidad aislada, estudia sus conexiones y concordancias - con el resto del cuerpo legal examinado" (224). Influenciados por la doctrina positivista, los cultivadores de éste método, utilizaron preferentemente la "inducción" como lógica jurídica. Pero éste método no se considera, con carácter general, como el más adecuado a la estructura del Derecho internacional (225), por lo que se ha optado por señalar como más conveniente la adopción de una posición "dogmática" o racional que supone, al propio tiempo que el empleo de conceptos jurídicos -muchos de los cuales han de proceder - del campo del Derecho privado y otros del Derecho público (administrativo, penal, constitucional)- el análisis de la realidad social subyacente a la norma. El procedimiento "deductivo", propio de los insnaturalistas, primaría según ésta concepción. Lo lógico será - adoptar una actitud ecléctica en ésta cuestión, que - deberá traducirse en la utilización conjunta de ambos procedimientos metodológicos "dando preeminencia al - dogmático y usando preferentemente la exégesis para - la glosa o comentario de las disposiciones" (226).

La cuestión de las técnicas de la investigación obtiene un rango de primera magnitud a efectos de la aplicación de los métodos jurídicos.

2. LAS TECNICAS DE LA INVESTIGACION.

Con ésta denominación, encuadra--

(224) DIEZ DE VELASCO (Curso de Derecho internacional, cit.; pág. 181).

(225) MIAJA (Introducción al Derecho internacional, cit.; pág. 202); HERRERO (Derecho internacional público, cit.; Tomo I, pág. 97).

(226) DIEZ DE VELASCO (Curso de Derecho internacional, cit.; pág. 184).

mos un conjunto de recursos o instrumentos de los que se sirve el jurista para la integración de las normas de Derecho. En nuestro caso, de las normas del Derecho económico internacional.

Creemos que, en aras a la simplicidad, cabría enumerar las tres siguientes: la técnica de la interpretación; la técnica de la analogía y la técnica de la comparación. Sobre ellas haremos unas breves reflexiones.

2.1. La técnica de la interpretación.

La técnica de la interpretación es tá constituida por el proceso ineludible que conduce - al investigador a desvelar el sentido de las palabras de la norma y, a través de él, su operancia y ámbito, en términos generales o en relación a supuestos concretos (227).

CASTRO ha establecido una sistematización muy completa -ya clásica en nuestra doctrina- de las diferentes escuelas o teorías acerca de la filosofía y sentido que debe animar la interpretación de -

(227) LACRUZ BERDEJO J.L., Elementos de Derecho civil, tomo I: Parte general; Barcelona, 1.974; pág. 78: La ley jurídica diverge de las fórmulas matemáticas o físicas en que éstas son inequívocas y dan cuenta inmediatamente de toda su posible virtualidad, mientras la ley, mediante palabras, siempre más equívocas que los símbolos, delimita esferas de poder y predispone para el futuro conductas en orden a la posible justicia de las relaciones humanas, a partir de un elenco reducido de vivencias pretéritas. Entonces, tanto a causa del coeficiente de indeterminación de la palabra, como de la posible reacción de la realidad y el caso sobre el texto, la norma necesita siempre - interpretación, incluso cuando las palabras compongan periodos de significado literal claro y - unívoco, pues aún entonces el sentido del precepto puede no coincidir con el que se desprende de su letra..

las normas. Después de referirse a las teorías del "ins strictum", la "voluntas legislatoris", la "voluntas legis", la del "index rex", la "jurisprudencia de los intereses", la defendida por la escuela "normativista" y el "sincretismo metódico", opta por considerar como el procedimiento más idóneo, y adecuado a la naturaleza de las normas jurídicas, el "finalista o teológico" que, además de ser el más seguro, es el más respetuoso hacia la autoridad del legislador, al que se presumen razonable y justiciero (228).

Esta última idea es sumamente aprovechable al referirnos al Derecho económico internacional, porque precisamente su carácter - eminentemente instrumental- obliga, más que en ninguna otra rama jurídica, a la búsqueda de la finalidad perseguida - por el legislador en cada momento y en cada país, o lo que es igual, al deseo de coadyuvar a la conservación del orden económico internacional. Esto nos conduce a la necesidad de considerar, como parte fundamental de su específica técnica interpretativa, cuantos aspectos de política económica o social puedan incidir en una determinada dirección.

La aplicación estricta de los términos literales de la ley, de la que tanto se abusó en materia de IE en el pasado (vgr.: inversiones indirectas o de segundo grado) constituye un ejemplo claro de negación, consciente o no, de éste principio interpretativo fundamental en el Derecho económico.

Las circunstancias económicas, y en otro grado las políticas y sociales, constituirán un factor esencial para juzgar la oportunidad de una in

(228) Derecho civil, cit.; págs. 447 y ss.

interpretación de la norma legal en un sentido concreto. Porque no se debe olvidar que la regla del Derecho económico es esencialmente "prospectiva" y que se ha de -- analizar según la evolución que experimente la "coyuntura" económica, política y social en cada momento.

De ésta idea surgen, a nuestro entender, dos matices que no pueden dejar de subrayarse: por un lado, la enorme carga de "discreccionalidad" -- que encierra la interpretación de norma de Derecho económico, y por otro, en consecuencia, lo difícilmente -- que se adapta a la interpretación a través del "contencioso". De aquí que se conceda, cada vez en mayor medida, una intervención interpretativa a organismos administrativos en detrimento de los Tribunales judiciales.

En el capítulo segundo incluimos, por lo indicado, los principales matices cualitativos de la IE que condicionan la interpretación y aplicación de su normativa específica.

Pero la discreccionalidad a que hemos hecho referencia tiene, como es lógico, unos límites que le vienen impuestos; o por la concrección social del concepto jurídico indeterminado expresado en las leyes (vgr.: la buena fé, la diligencia del buen padre de familia, los intereses del mercado, el interés social y tantas otras expresiones similares), o -- por la propia libertad de elección que, entre alternativas justas concede la norma legal a quien haya de aplicarla, ó por su representación uniforme en casos similares (igualdad en el ejercicio del poder discreccional ante hechos análogos), ó por la misma restricción -- que se deriva de la noción de orden público. De aquí -- la necesidad de que, siendo posible, el mismo ordena--

miento positivo incluya reglas de interpretación aplicables a las normas que lo compongan.

Y esa es precisamente la laguna que, en nuestro Derecho, ha venido a colmar la reforma introducida en el título preliminar del Código civil -- por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1.973, con la -- que se acomete por primera vez en la historia legislativa española -- como apunta RUIZ VADILLO (229) -- el establecimiento de unas pautas predeterminativas de los criterios a utilizar en la interpretación de las normas legislativas. El hecho es importante y merece subrayarse.

La traducción del criterio de la Ley de Bases, en el art. 3º del Código civil se hace en -- los términos siguientes: "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han -- de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas" (apdº. 1º).

Del precepto transcrito debemos subrayar las ideas siguientes: 1ª) que la interpretación -- de un precepto debe ser integralmente concebida, es -- decir, relacionando el sentido propio, peculiar, de -- sus palabras con el sentido de general de la disposición en que se encuentre instalado (230); 2ª) que se

(229) La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo título preliminar del Código civil español, en Rev. Documentación Jurídica; Madrid, nº 4, - 1.974; págs. 1205 y ss.

(230) El "contexto" no debe ser solo el resto del texto en el que el precepto concreto que se somete a interpretación esté ubicado. Contexto debe ser el -- resto de la subsección, de la sección, del capítulo, del título, de la ley especial, del Código en

del contexto social -entendido el término en su más amplio significado (entorno político, sociológico, económico)- evitando, de tal forma, desfases entre la realidad y el sentido de la ley que se pretende investigar, y 3ª) que la interpretación es válida solo concebida en la búsqueda de la finalidad de la norma, en su "ratio legis", pero bien entendida ésta idea como "finalidad - en el momento de su aplicación", pues en otro caso no - se cumple la condición segunda ya señalada.

Sobre éstas ideas, que no debemos desarrollar más, habría que admitir que la normativa específica de las IE deberá interpretarse, primero, en el contexto de la política económica general que se siga en el país (sistema económico adoptado: autarquía, liberalismo, social de mercado, planificado, etc.); en segundo término, de conformidad con la idea de aceptación o de restricción de las operaciones de inversión del capital extranjero (recordemos lo que denominamos la "filosofía del tratamiento del capital extranjero") y, tercero, atendiendo a la finalidad específica que persigue - la misma normativa (creación de puestos de trabajo, complementar al capital español en ciertos sectores, etc.).

Cuando la norma, interpretada en el contexto indicado fuese defectuosa, por conducir a consecuencias que el legislador no hubiese deseado o que no pudo prever, y la contradicción entre la norma y su entorno social resulte insoluble, se puede admitir con --

tero si se trata de una norma inserta en un cuerpo legal de ésta naturaleza, todo ello en relación jerárquica proporcional a su proximidad, de tal manera que el entendimiento de una norma se ha de completar partiendo del resto de las normas que la acompañan en su más minúscula agrupación, ampliándose sucesivamente los círculos hasta llegar a la ley o código en su conjunto (RUIZ VADILLO; - La interpretación, cit.; pág. 1229).

cautela una interpretación correctora, siempre que no sirva de instrumento de anarquía y que no se conculque el -- principio de seguridad jurídica.

2.2. La técnica de la analogía.

Es lógico pensar que, en un mundo tan cambiante y versátil como es el de la economía, el legislador no pueda prever todas, o incluso las principales, circunstancias que pueden presentarse en la "realidad social". Se producen, por tanto, lagunas legales que requieren un adecuado tratamiento investigador.

Para éstos supuestos, la investigación integradora posee un instrumento técnico de primera magnitud: la "analogía".

Mediante ésta técnica se aplican los principios que informan una determinada norma, a un caso no previsto por la norma, pero que presenta afinidad --entendido el término como igualdad jurídica esencial-- con otro u otros que la norma regula (231).

El C.c. admite la analogía en el apartado 1º de su art. 4º, a tenor del cual "procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen -- un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón".

La "identidad de razón" entre los supuestos regulado y semejante, constituye el elemento esencial que autoriza la utilización de ésta técnica en la investigación.

(231) CASTAN J., Derecho civil español, común y foral; Madrid, 1.941, tomo I; pág. 52.

No cabe la analogía, nunca, en el caso de las leyes penales, las normas excepcionales o las de ámbito temporal limitado, de acuerdo con el contenido del párrafo 2 del mismo art. 4º del C.c.

Para MIAJA (232) en España, las lagunas de la ley deben colmarse con la costumbre, entendida no al modo amplio en que la consideran sobre todo los autores franceses, que hacen entrar en ella todas las fuentes jurídicas no escritas, sino como "norma creada e impuesta por el uso social" (CASTRO), si bien difícilmente podrá tener aplicación fuera de la práctica notarial o consular.

2.3. La técnica de la comparación.

Escribe FARJAT (233) que "el especialista de Derecho económico es necesariamente un comparativista", condición que se acentúa en el ámbito del Derecho económico internacional.

La necesidad de la comparación se manifiesta, para el autor francés, tanto en la esfera Derecho público versus Derecho privado y viceversa, como en la del análisis económico y el análisis jurídico de las situaciones, y aún en la comparación entre las estructuras jurídicas formales y las estructuras jurídicas subtanciales.

A nuestro entender cabría añadir una nueva modalidad en ésta técnica de la investigación. Nos referimos a la utilización del Derecho comparado como instrumento indispensable de ajuste a las situaciones -

(232) Derecho internacional privado, cit.; pág. 54.

(233) Droit économique, cit.; pág. 411.

que requiere el mantenimiento del equilibrio del sistema económico internacional. Su importancia no puede menospreciarse, como ha puesto de relieve GUTTERIDGE (234) al escribir que "la característica fundamental del Derecho comparado, considerado como método, es la de que es aplicable a todas las formas de investigación jurídica; y se halla tanto al servicio del historiador del Derecho, como del filósofo, el Juez, el abogado, y el profesor del Derecho. Es aplicable tanto al Derecho público, como al privado, y está igualmente a disposición del economista, el sociólogo y el -- abogado. Una de sus cualidades más importantes es la flexibilidad".

En una disciplina como el Derecho económico internacional, en que se hacen patentes aspectos públicos y privados, la necesidad de utilizar esta técnica de investigación nos parece poco menos que insustituible. Pensemos en la solución de los problemas que plantean las normas de conflicto para percartarnos de su importancia.

Las técnicas del Derecho comparado -- descriptivo o aplicado, sirven para poner de relieve y precisar, por ejemplo, conceptos terminológicos que ayudan a conseguir una unificación del lenguaje jurídico capaz de solucionar, algunas veces, serias dificultades de adaptación en el campo internacional, al propio tiempo que sientan las coordenadas para una posible unificación de normas jurídicas (vgr.: la venta internacional, la letra de cambio, el cheque).

(234) El Derecho comparado; introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del Derecho; Barcelona, 1.954; págs. 22-23. También puede verse: SOLA CAÑIZARES F., Iniciación al Derecho comparado, Barcelona, 1.954.

Bajo el epígrafe de los instrumentos normativos, nos referimos al sistema de las "fuentes formales" del Derecho, aplicables a las operaciones de IE.

El tema de las fuentes del Derecho, como cualquier otro de los que afectan a las cuestiones generales de la Ciencia jurídica, entraña complejidades y matices de interpretación intrincados (235). Prescindiendo de todos ellos, y admitido el sentido del término en la forma señalada, creemos que a los efectos de nuestra investigación es interesante establecer una cierta ordenación de la materia sobre la que, preferentemente, debemos incidir.

El art. 1º, 1. del C.c. establece -- que "las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho", estableciendo su rango jerárquico en la forma señalada, es decir: 1º) la ley; 2º) la costumbre ("que regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada"; art. 3º 3), y 3º) los principios generales del Derecho ("que se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico"; art. 3º 4.). Debemos hacer algunas precisiones sobre cada una de las fuentes señaladas.

3.1. La ley.

El término "ley" lo entendemos com--
prendiendo toda "norma válida para el ordenamiento po-

(235) Vid. CASTRO, Derecho civil, cit.; págs. 327 y ss.

sitivo español, cualquiera que sea su origen, su carácter y su forma" (236).

Dos cuestiones plantea la "ley", referida a la regulación de las IE: primera, las diferentes categorías de las normas, y segunda, su respectivo rango jerárquico u orden de prelación.

a) Categorías de normas legales.

Al establecer una cierta ordenación de las normas que afectan a las operaciones de IE, --creemos que se podrían identificar, en una primera --aproximación, dos categorías primordiales:

1ª. Normas paccionadas.

Pertenecen a ésta categoría --recordando el apartado a) del art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia-- las normas aplicables como consecuencia de las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas --expresamente reconocidas por el ordenamiento jurídico del país (237).

Las convenciones internacionales de --referencia tienen una clara y precisa traducción iusinternacionalista en los llamados "Tratados", a los que el art. 2º 1. a) de la Convención de Viena, de 23 de --mayo de 1.969, define como "un acuerdo internacional --celebrado por escrito entre Estados y regido por el De

(236) CASTRO, Derecho civil, cit.; pág. 348.

(237) La expresión de "leyes paccionadas" es utilizada y estudiada por GARCIA ENTERRIA con otro sentido --diferente al que le asignamos en el texto (Curso de Derecho administrativo, cit.; Tomo I, págs. 94 al 96).

recho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". La doctrina se refiere a ellos -quizás con mayor precisión- como "una declaración de voluntad bilateral o multilateral, emanada de sujetos de Derecho internacional" (238), o como los "acuerdos entre Estados, encaminados a regular su comportamiento recíproco" (239). La problemática que plantea la institución de los tratados es de tal envergadura y encierra tantas cuestiones, que parte de la doctrina aboga por su consideración específica a través de una categoría jurídica "sui generis", del llamado Derecho de los Tratados (240).

Las normas paccionadas pueden ser -- clasificadas, a su vez, en las dos modalidades siguientes: multilaterales o bilaterales, según que intervengan y afecten a tres o más Estados o tan solo a dos de ellos, respectivamente.

Ejemplos de ambas clases de Tratados, que afectan al ámbito de las relaciones económicas internacionales de España y a la IE, pueden encontrarse con frecuencia:

= Normas paccionadas multilaterales:

- Convención de La Haya concerniente al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras -1º de junio de 1.956- firmada por nuestro país - el 12 de abril de 1.957.

(238) MIAJA, Introducción al Derecho internacional, cit.; pág. 133.

(239) TRUYOL A., Fundamentos del Derecho internacional público; Madrid, 1.970; pág. 83).

(240) JENKS, El Derecho común de la humanidad; Madrid, 1.968; págs. 62 y 63).

- Acuerdo constitutivo del B.I.R.D. -27 de diciembre de 1.945-, firmado por España el 15 de septiembre de 1.958 (B.O.E., 15 septiembre 1.958).
- Acuerdo constitutivo del F.M.I. -27 de diciembre de 1.945- firmado por España el 15 de septiembre de 1.958 (B.O.E., 15 septiembre 1.958).
- Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (G.A.T.T.) -30 de octubre de 1.947-, al que se adhiere España el 29 de agosto de 1.963 (B.O.E., 28 enero 1.964).
- Convenio constitutivo de la Corporación Financiera Internacional (CFI) -25 de mayo de -- 1.955-; adhesión española del 24 de marzo - de 1.960 (B.O.E., 11 marzo 1.960).
- Convenio de la O.C.D.E. -14 de diciembre de 1.960- (241), ratificado por España el 3 de agosto de 1.961 (B.O.E., 5 octubre 1.963).
- Convenio Europeo sobre arbitraje comercial - internacional -21 de abril de 1.961- ratificado por España el 12 de mayo de 1.975 (B.O.E., 4 Octubre 1.975).

= Normas paccionadas bilaterales:

España tiene suscritos numerosos Tratados bilaterales que contienen disposiciones que afectan a materias propias de la IE y que, consecuentemente, han de estimarse como normas legales a tener en consideración.

En el Convenio de Amistad y Cooperación firmado con USA el 6 de agosto de 1.970, todo el capítulo VI está dedicado al tema de la "cooperación económica", - que se regula bajo los principios generales de "la situación de las respectivas economías en el contexto mundial" y de la "voluntad de favorecer y desarrollar sus relaciones económicas". La traducción de estos criterios desemboca en el deseo común de mantener el flujo normal de las - IED de USA en España, adoptando las medidas necesarias para que esto suceda, así como reducir las restricciones impuestas por USA para la compra de valores españoles por - parte de súbditos norteamericanos (art. 22); al mismo -- tiempo que se seguirá prestando la máxima atención y facilidades al desarrollo de las relaciones financieras, a -- través de los créditos otorgados por el Exmibank (art. 23).

(241) Deroga el Convenio de Cooperación Económica Europea, de 16 de abril de 1.948.

Otro tipo de Tratados de los que emanan normas que pueden condicionar la IE, son los denominados de "establecimiento". Valga como ejemplo el -- suscrito con Alemania Federal el día 22 de febrero de 1.972 (B.O.E. del 29 de noviembre), en cuyos arts. 8, 9 y 14 se establecen disposiciones que afectan directamente a las operaciones de IE; y cuya aplicación ha dado lugar a litigios resueltos por la más alta instancia judicial del país (T.S., sentencia de 14 de noviembre de 1.974).

2ª. Normas unilaterales.

Dentro de esta categoría --y siguiendo los preceptos de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1.957-- en globamos a todas las disposiciones legales que eman--nan del poder soberano del Estado, ejercitado por medio de sus órganos competentes, y por tanto, a las -- "leyes" propiamente dichas --que emanan del Poder le--gislativo-- y que pueden ser constitucionales y ordinarias; a los "Decretos-leyes" (normas con rango de ley que emanan, por vía de excepción, de un órgano -- que no tiene el poder legislativo, concretamente del Gobierno o del Consejo de Ministros) (242); los "De--cretos" (son disposiciones generales emanadas del -- Consejo de Ministros, firmadas por el Jefe del Esta--do y refrendadas por el Ministro a quien corresponda) (243); las "Ordenes ministeriales" (disposiciones o resoluciones de los Ministros, que irán firmadas por el titular del Departamento) (244), y las disposiciones de autoridades y órganos inferiores --como dice --

(242) GARCIA ENTERRIA, Curso de Derecho administrativo, cit.; Tomo I, pág. 89.

(243) En la actualidad el Decreto ha adquirido la denominación de "Real Decreto" al ser firmada la disposición por el Rey.

(244) Art. 25 Ley Régimen Jurídico de la Administración.

el art. 23 de la citada Ley de Régimen Jurídico-, entre las cuales hay que citar las "Circulares" (son instrucciones de servicio, que tratan exclusivamente de fijar el orden de funcionamiento de los servicios administrativos) (245) y "Resoluciones" (decisiones administrativas que resuelven de un asunto y crean una situación) - (246), toda vez que los "Reglamentos" (norma escrita, - con carácter complementario de la ley, a la que sirve - de desarrollo o ejecución) -salvo habilitaciones legales específicas- han de emanar del Consejo de Ministros (247).

(245) Señala GARCIA ENTERRIA -de quien hemos tomado el concepto- que no se trata de verdaderas normas jurídicas relevantes para terceros y, esto supuesto, no necesitan ser publicadas; son simples órdenes jerárquicas para los funcionarios (aunque generales), pero no alcanzan a constituir o innovar el ordenamiento jurídico. En éste sentido, la Circular puede ser opuesta a la Administración en nombre del principio de buena fé (un acto administrativo dictado contra el criterio sustentado en una Circular será expresivo de una arbitrariedad subjetiva; así en las jurisprudencias francesa e italiana) pero no cabe ser invocada como norma jurídica (Curso de Derecho administrativo, cit.; pág. 114). GARRIDO FALLA las conceptúa como simples directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados, sin que puedan modificar situaciones jurídicas individuales, ni vinculan al ciudadano, ni a los magistrados, infruccionarios que no sean estrictamente los inferiores jerárquicos de la autoridad que les dicta. Por lo que se refiere a nuestras prácticas administrativas, se ha de señalar que no siempre deben ser calificadas como auténticas circulares todas que se publican en el B.O.E. con éste nombre; pues, en ocasiones, bajo tal denominación se encubren auténticos reglamentos que por delegación, incluso vienen a limitar derechos y situaciones jurídicas de los particulares (Tratado de Derecho administrativo; Madrid, 1.958; Vol. I, págs. 244 al 245). LABAUDERE (Droit Public économique, cit.; pág. 77) distingue entre las circulares interpretativas y las circulares reglamentarias, asimilando éstas últimas a verdaderos reglamentos, pero - que sólo pueden emanar de las autoridades con poder reglamentario.

(246) GARCIA OVIEDO C., Derecho administrativo; Madrid, 1.962; Tomo I, pág. 878.

(247) Esta es la tesis que defiende GARCIA ENTERRIA, -- frente al principio que parece desprenderse de lo establecido por el art. 143 de Ley de Régimen Jurídico de la Administración (Curso de Derecho administrativo, cit.; Tomo I, págs. 108 y ss.).

En la enmarañada selva legislativa que se ha ido desarrollando alrededor del eje de la inversión exterior en nuestro país (248), ha supuesto un -

(248) Por orden cronológico, debemos citar, desde las más antiguas - algunas aún vigentes en la actualidad - las siguientes: año 1.935 (Ley 23 Octubre: inmuebles), año 1.936 (D. 28 febrero: inmuebles; D. 25 Abril: inmuebles), año 1.937 (D. 5 julio: moneda; D.L. 14 marzo: valores), año 1.938 (L. 7 junio: minería; L. 24 noviembre: delitos monetarios), año 1.939 (L. 25 agosto: I.E.M.E.; D. 24 noviembre: I.E.M.E.; L. 24 noviembre: industria nacional; L. 7 diciembre: desbloqueo), año 1.941 (L. 11 julio: Banca extranjera), año 1.946 (D.L. 25 enero: cinematografía), año 1.951 (D. 18 mayo: valores), año 1.956 (D. 8 junio: inmuebles), año 1.958 (D. 21 marzo: inmuebles; L. 26 Diciembre: hidrocarburos), año 1.959 (D.L. 27 julio: inversiones capital extranjero; D. 30 septiembre: desarrollo del anterior; D. 24 diciembre: completa anteriores; D. 24 diciembre: valores), año 1.960 (L. 12 mayo: inmuebles; O.M. 10 febrero: registro valores; O.M. 12 marzo: inscripción de valores; L. 12 mayo: registro propiedad inmuebles), año 1.961 (D. 15 julio: convertibilidad de la peseta; O.M. 11 agosto: Sociedades inversión mobiliaria), año 1.962 (D.L. 25 enero: CFI; O.M. 15 marzo: valores mobiliarios; D. 17 marzo: transferibilidad; D.L. 22 marzo: fincas rústicas; D. 17 mayo: transferibilidad), año 1.963 (D. 18 abril: liberalización sectorial; O.M. 21 mayo: Bancos industriales; O.M. 28 febrero: carburantes; L. 28 diciembre: zonas turísticas), año 1.964 (D. 10 diciembre: minería), año 1.965 (D. 23 septiembre: patrimonio del Estado; O.M. 11 octubre: empréstitos), año 1.966 (D. 10 febrero: navieras; L. 18 marzo: prensa; D. 17 marzo: aguas; D. 6 octubre: tenencia valores extranjeros), año 1.967 (D. 23 noviembre: regularización; D.L. 27 febrero: operaciones financieras; O.M. 26 diciembre: recursos exteriores; O.M. 28 octubre: farmacia), año 1.968 (D. 9 marzo: refinerías petróleo; D. 30 marzo: inmuebles; L. 20 junio: permisos de trabajo), año 1.969 (D. 14 noviembre: I.E.M.E.), año 1.971 (O.M. 19 octubre: convertibilidad), año 1.972 (D.L. 17 febrero: saldos moneda; O.M. 28 julio: pesetas convertibles; D. 13 enero: nuevos Bancos), año 1.973 (D. 11 octubre: restricción inversiones liberalizadas; D.L. 27 julio: I.E.M.E.; D. 26 julio: I.E.M.E.; O.M. 6 septiembre: I.E.M.E.; O.M. 6 febrero: convertibilidad; O.M. 16 marzo: cuentas extranjeras; O.M. 23 marzo: valores), año 1.974 (LIE; RIE), año 1.975 (O.M. 5 marzo: créditos), año 1.976 (D. 26 noviembre: autorización), año 1.977 (R.D. 28 marzo: juegos de azar; O.M. 30 mayo: juegos azar; O.M. 25 marzo: sobre D. 26 noviembre 1.976).

la ley y el Reglamento de IE en el año 1.974, porque --
--prescindiendo de sus imperfecciones, a las que ya se --
ha hecho alguna mención inicial-- supone un claro punto
de partida para la contemplación del régimen legal vi--
gente. Y eso facilita grandemente la labor del investi-
gador.

Las normas unilaterales que afectan a --
la IE efectuada a través de valores mobiliarios, se en-
cuentran repartidas en disposiciones, de todo rango que,
en la terminología clásica, se podrían incluir tanto en
el Derecho público (constitucional, administrativo, pe-
nal) como en el Derecho privado (civil y mercantil).

b) Rango jerárquico.

De los apartados 3 y 4 del art. 1º del
C.c. se deduce claramente el rango jerárquico y la
prelación de las normas: la ley, en primer lugar; la --
costumbre, en defecto de aquella, y los principios gene-
rales del Derecho, cuando falten las dos anteriores.

Un tema resulta interesante plantear en
éste punto: el valor de las normas paccionadas. El pro-
pio art. 1º del C.c. se encarga de señalar que "las nor-
mas jurídicas contenidas en los Tratados internaciona--
les no serán de aplicación directa en España en tanto --
no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno
mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial --
del Estado" (apdº. 5).

Señala MIAJA (249) que la innovación --
efectuada, con la nueva redacción dada al título preli-

minar del C.c., plantea difíciles problemas de aplicación que, anteriormente, no se producían porque -escribe- en España, era doctrina generalmente aceptada la - de la superioridad del Tratado sobre la ley interna, - tanto por las remisiones que muchos preceptos legales hacen a los tratados internacionales (art. 27 C.c.; 15 del C. de c.; 951, 952 y 955 L.E. Civil) como por reiterada jurisprudencia del T.S. (sentencias de 11 de junio de 1.963; 11 de diciembre de 1.968 y 7 de julio de 1.971) alguna vez contradicha (sentencia de 14 de noviembre de 1.974).

Con la redacción actual del art. 1º, creemos que se ha trastocado la situación anterior, -- quedando establecidos los siguientes criterios: 1º) El Tratado (250) cuando ha sido firmado, ratificado y publicado en el Boletín Oficial , adquiere la categoría de ley interna del mismo rango de las que, ab inicio, gozan de tal consideración (fuente "directa"); 2º) el Tratado no publicado en el B.O.E. podrá estimarse como fuente "indirecta" y, en éste sentido, tal vez podría equipararse a alguna de las figuras que CASTRO estudia como fuentes del Derecho "pretendidas" -categoría que el citado autor contrapone a las "reconocidas"-(251).

(250) Hay que señalar, como lo hace notar GONZALEZ BOTELLA, que el precepto se refiere exclusivamente a las "normas jurídicas" de los tratados, por lo que quedan fuera de lugar las cláusulas contractuales y las disposiciones procedimentales sobre reservas, adhesión y otras complementarias, así como aquéllas en que del propio texto del tratado se deduce sólo el compromiso de las partes a acomodar su ordenamiento jurídico interno a las normas del tratado, cuya eficacia y obligatoriedad como pacto nace desde la ratificación o adhesión, aún sin publicación (El nuevo título preliminar del C.c., en Rev. Documentación Jurídica, nº 4, 1.974; pág. 1193).

(251) Derecho civil, cit.; pág. 338.

3.2. La costumbre.

El art. 1º, 1. del C.c. admite la "costumbre como fuente del ordenamiento jurídico patrio, y, en el apartado 3 del mismo precepto, establece las condiciones que debe cumplir para que pueda ser aplicada: 1ª) que no existe una ley aplicable al punto controvertido; 2ª) que la costumbre aportada como fuente no sea contraria a la moral ni al orden público; 3ª) que la -- costumbre invocada resulte probada.

Debe hacerse notar que en la nueva redacción del precepto que comentamos se borra el matiz -- del art. 6º antiguo, que circunscribía la costumbre solamente a "la del lugar", y al propio tiempo se amplía su concepto con el reconocimiento legal como tal de los "usos jurídicos".

La aplicación de la "costumbre", de los "usos jurídicos", en el campo de las relaciones económicas internacionales es práctica frecuente, por lo que -- el intérprete de la norma podrá utilizar dichos conceptos como valiosos instrumentos de análisis e integración de las disposiciones sobre IE (252). El art. 38 del Es-

(252) Subraya CREMADES como desde el punto de vista internacional hay que tener muy en cuenta a la costumbre y al derecho consuetudinario que están -- surgiendo en torno a las actividades de las empresas multinacionales y, en general, del tráfico internacional. Me refiero --dice-- a esa nueva "ley mercatoria" internacional que fundamentalmente cristaliza en las sentencias arbitrales dictadas en los procedimientos internacionales de arbitraje. La constante y reiterada jurisprudencia arbitral que se está cuando en cada uno de los puntos de la tierra y especialmente en el marco de -- las numerosas instituciones de arbitraje permanente constituyen verdadera y auténtica "opinio iuvis" que refrenda normativamente las prácticas comer--

154

tatuto del Tribunal Internacional de Justicia al enumerar como la segunda de las fuentes, "la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho", confiere un valor de primera magnitud a ésta fuente del Derecho en el campo internacional.

3.3. Los principios general del Derecho.

El título preliminar del C.c. en su versión de 1.974, ratifica en la categoría de fuente del ordenamiento jurídico a los principios generales del Derecho (art. 1º, 1.), carácter que ya le otorgaba el art. 6º en su derogada redacción, aunque, al propio tiempo, les confiere un rango especial al elevarlos a la categoría de "informadores" del ordenamiento mismo (art. 1º, 4.). Esto implica -en opinión de GONZALEZ BOTELLA (253)- abrir un abanico de posibilidades que van, desde otorgar el simple valor de declaración programática al legislador, hasta la concreta aplicación por el juzgador, que si no llega a conferir la facultad de anular directamente la norma vulneradora de un principio, si le permita, al menos, prescindir de ella para su aplicación.

ciales internacionales. Crean y formalizan día a día un verdadero standard de comportamiento internacional (Empresas multinacionales y Estado receptor, en la obra colectiva Empresas multinacionales y Derecho español; Madrid, 1.977; pág. 43).

(253) El nuevo título preliminar, cit.; pág. 52.

cífica que será objeto de análisis, los "principios generales" juegan una importante baza en la investigación y aplicación del Derecho. Pero, por el carácter nuevo, o interdisciplinario, que asignábamos a la rama jurídica que encuadra la materia, estimamos que la referencia a los "principios generales" podría interpretarse, ampliándola, con un doble sentido: como principios inspiradores del ordenamiento jurídico estatal, y como principios reconocidos por las naciones civilizadas -en terminología del art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional-, es decir, principios de carácter internacional (conectados, en nuestro caso, a la noción de la regulación jurídica del orden económico internacional, a la - que ya se ha hecho referencia). Los segundos podrían invocarse en defecto de los primeros o para reforzar a éstos como "informadores" del ordenamiento jurídico del país.

3.4. La jurisprudencia.

La jurisprudencia, en nuestro ordenamiento jurídico, no puede considerarse como "fuente", - correspondiéndole la misión de "complementar" a las -- fuentes propiamente dichas (art. 1º, 6, C.c.), en el sentido de facilitar su interpretación.

La jurisprudencia a la que se refiere - el C.c. es la de carácter interno, la dictada por el -- Tribunal Supremo, de modo reiterado. Pero la existencia de una copiosa jurisprudencia emanada de los diferentes Tribunales internacionales no puede ser desconocida, -- aunque pueda discutirse su valoración como fuente del - Derecho internacional (254). En todo caso, su admisión

(254) Vid.: DIEZ DE VELASCO, Curso de Derecho internacional, cit.; págs. 116 y ss.

como criterio interpretativo parece incuestionable.

En materia de IE en España, la jurisprudencia de los Tribunales es prácticamente nula - (255), y solo ha sido suplida, y en una escasa entidad, por la doctrina emanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que nos ha proporcionado, - en casos muy específicos, criterios orientadores (256).

(255) Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada, del 2 de diciembre de 1.968 (R.E.D.I., vol. XXIV, núms. 3 y 4).

(256) Res. 15 enero 1.945; Res. 25 marzo 1.950; Res. 17 enero 1.951; Res. 17 abril 1.953; Res. 10 noviembre 1.959; Res. 23 junio 1.964; Res. 22 julio -- 1.970; Res. 28 septiembre 1.972 y 7 junio 1.972.

CAPITULO PRIMERO.

**CONCEPTO Y MODALIDADES JURIDICAS DE LAS
OPERACIONES DE INVERSION EXTRANJERA.**

**Sección I.- CONCEPTO DE LAS OPERACIONES DE INVER
SION EXTRANJERA.**

**Sección II.- MODALIDADES JURIDICAS DE LAS OPERA-
CIONES DE INVERSION EXTRANJERA.**

Como señala KHAN (1) no existe hoy en día - una definición, que sea unánimemente aceptada, acerca de lo que se deba entender por "inversión extranjera", expresión que -en opinión de LOUSSOUARN (2)- invita a precisar su sentido, demasiado largo tiempo mal conocido, - tal vez porque su ambigüedad procede del hecho de que el término se refiere a una operación que se sitúa en la frontera de la economía y del Derecho. A esto añade SORTAIS (3), que no solamente el sustantivo "inversión" entraña dificultad, sino también el calificativo "extranjera" que puede, según los casos, ser interpretado en sentidos diferentes. Y es que, como escribe LIPSEY (4), ya en el lenguaje ordinario la misma palabra "inversión" tiene múltiples significados, lo que crea confusión.

Por lo indicado, estimamos conveniente intentar obtener una noción económica de la "inversión extranjera", para tratar, posteriormente, de lograr una adecuada traducción jurídica.

-
- (1) Les problemes juridiques des investissements étrangers dans les pays en voie de developpement; Ponencia del Congreso de la I.L.A. (Helsinki, 1.966).
 - (2) Regime juridique des investissements étrangers en France, en Etudes de droit contemporain, Vol. XXX: contribución francesa al VII Congreso Internacional de Derecho comparado, Upsala; Paris, 1.966; págs. 199 y ss.
 - (3) Investissement étranger et souveraineté internationale économique, en la obra colectiva La souveraineté au XX siècle; Paris, 1.971; pág. 175.
 - (4) Introduzione all'economia; Milán, 1.966; pág. 492. Esta misma observación hacen HOSMALING G., Investissements, rentabilité et progress technique, Paris, 1.956; pág. 45, y PAPI G.U., Sul concetto di investimento, en Estudios en memoria de Gino Borgatta, Bolonia, 1.953, pág. 81.

1. LA NOCIÓN ECONOMICA DE LA INVERSION COMO PRESUPUESTO DEL CONCEPTO JURIDICO.

De ordinario escuchamos las palabras -- "invertir" e "inversión" utilizadas como sinónimos de -- las operaciones económicas más dispares: se invierte -- cuando se suscriben acciones, se compran en Bolsa títulos, cuando se presta dinero a otro, cuando se adquiere una obra de arte, un terreno, una casa y hasta un bien tan poco duradero como un automóvil, etc. Se trata de -- una de las palabras más de moda hoy en día en el argot no sólo técnico de los economistas, sino en el lenguaje más usual que se oye en nuestras calles (5).

Pero en todas éstas "traducciones" del término laten dos conceptos que nos parecen útiles, a -- los efectos de establecer una noción económica de la inversión que sea aceptable. El primero de ellos: la idea de la existencia de una transferencia de bienes económicos -capital- de una economía (del que suscribe, compra, presta o adquiere) a otra (del que emite, vende, adeuda o enajena). El segundo: la idea de "afección" o aplicación a otros fines de los que se puede, o espera, obte-

-
- (5) Como escribe SAUVAIN que "el hombre de la calle, emplea el término inversión con un significado diferente del que utiliza el economista. Para la mayoría de -- nosotros la palabra evoca la idea de propiedad privada de algo dotado de valor material del que se espera rinda un beneficio pecuniario. Inversión es sinónimo de bienes cuyo objeto es proporcionar una renta a su propietario, un incremento en su propio valor monetario, o ambas cosas a la vez. En el sentido de propiedad privada de bienes materiales la inversión es estrictamente una característica del sistema capitalista que lo distingue del sistema socialista de propiedad pública de los medios de producción. Destaquemos, sin embargo, que incluso dentro de este reducido concepto de inversión privada existen variantes en el -- significado del término". (Dirección de inversiones, Barcelona, 1.967, Tomo I, págs. 10-11).

ner unas utilidades diferidas (rendimientos, plusvalías) o simplemente ciertas ventajas de cualquier otro tipo.

Naturalmente que ambos conceptos pueden, y deben, ajustarse más a las concepciones acuñadas por la ciencia económica pero, como primera aproximación al concepto las encontramos aceptables.

En primer lugar, hay que señalar que cuando un sujeto decide utilizar parte de la renta en beneficio de su actividad productiva (autofinanciación), también cabe hablar de inversión (6).

En segundo término, cuando a través del consumo parte de la renta de los sujetos económicos se transfiere a las unidades económicas de producción de los bienes consumidos, desde el punto de vista del consumidor -no cabe hablar de inversión, aunque desde el ángulo del productor -en la parte del beneficio que percibe como consecuencia de sus ventas, y que "reinvierte"- si cabe -referirnos, igual que en el punto anterior, a la existencia de inversión (autófinanciación).

Y, por último, cuando directa o indirectamente, el productor obtiene fondos de quienes pueden -facilitárselos -no a través de la vía producción/consumo-, aquel está obteniendo "financiación" mientras éstos están realmente "invirtiendo" (7).

(6) Sería la que llama SAUVAIN (Dirección de inversiones, cit.; pág. 11) "inversión de presión": cuando el inversionista compromete sus bienes en una empresa cuya dirección corre a su cargo, o en cuya administración participa activamente y de forma decisiva.

(7) Se trataría, en la terminología de SAUVAIN (Dirección de inversiones, cit.; pág. 11) de las llamadas inversiones de "no posesión", cuya característica radica -en que los fondos son entregados para ser utilizados y administrados por otra persona.

Como puede observarse en este caso, el receptor de los fondos se está financiando y el transfere--
rente está invirtiendo. Son dos caras de la misma moneda, como ha escrito MICALIZZI (8).

Ahora bien, la inversión supone la transferencia de capital para la adquisición de bienes y servicios instrumentales que coadyuven, de ordinario, al desarrollo de un proceso productivo. La inversión supone una intención de producción ulterior; la verdadera inversión, nos dice BAUDHUIN (9), es productiva, debe dar una utilidad, es un suplemento de bienes que se --
aporta a la economía. De ahí que la adquisición de ciertos bienes, improductivos, no represente una verdadera operación de inversión en términos estrictamente económicos (10).

La inversión es acción, y representa un estado dinámico de creación de capital. Porque se trata de una actividad cuyo objeto consiste - según ha subrayado JEANNENEY (11)- en producir, sea capitales fijos, sea -
capitales circulantes (destinados a producir más tarde bienes de consumo o servicios consumidos), sea incluso bienes de consumo, que serán puestos en reserva para su entrega ulterior. Es inversión todo acto productivo que tiende a incrementar las posibilidades futuras de consu

(8) Il finanziamento degli investimenti esteri in Italia; Milán, 1.969; págs. 10 y ss.

(9) Les investissements de l'industrie belge; Bruselas, 1.969; pág. 3.

(10) Sostiene GOMEZ-PALACIO que resulta criticable la mención de que una inversión, para serlo, deba ser productiva. Hay inversiones productivas e improductivas; lo que cataloga o caracteriza el acto como inversión es la colocación inicial y no el resultado (Análisis de la Ley de inversión, cit.; pág. 20).

(11) Economía política; Barcelona, 1.960; pág. 14.

mo. Para DAUPHIN-MEUNIER (12) "el acto de invertir tiene por objetivo la formación de un capital, de un bien durable". La inversión es, según PRADEL (13), "la operación, debida generalmente a la intervención activa de un agente humano, que tiene por objetivo la creación de un capital", es decir, de un bien duradero que procure satisfacciones diferidas.

En el análisis económico moderno se utilizan dos nociones que son de gran importancia, y que ayudan a clarificar los temas analizados: la noción de "flujo" y la de "stock". Un "flujo" es un fenómeno cuya medida debe situarse en el cuadro de un periodo de tiempo. Un "stock" es un fenómeno que se mide en un instante. Las riquezas, la utilidad, la rareza, las cantidades de bienes en curso de producción son hechos instantáneos. La producción, el consumo, la inversión o la desinversión son actos que se inscriben en el tiempo y que, generalmente, se miden por periodos de tiempo (14). Conviene retener estas ideas porque, a efectos de interpretación de los fenómenos económicos, son altamente ilustrativas.

Cuando la transferencia de disponibilidades comprende, globalmente, a dos sistemas económicos nacionales, nos encontramos en presencia del fenómeno de las IE.

En la noción general, que identifica la "inversión" con las ideas de "aportar" y "afectar", apa

(12) Le jeu de l'épargne et de l'investissement a l'age industriel; París, 1.969; pág. 73.

(13) L'épargne et l'investissement; París, 1.959; pág. 8.

(14) JEANNENEY, Economía política, cit.; pág. 15.

rece un nuevo elemento diferenciador sugerido por la existencia de un "origen" y un "destino" extranacional de los bienes transferidos.

Por ello BERTIN (15), comienza por definir la inversión internacional como "todo empleo, hecho en el exterior, de recursos financieros de un país", aunque a renglón seguido reconozca que tal noción no deja de evitar la existencia de cierto número de ambigüedades, que trata de explicar aplicando las ideas anteriormente expuestas, es decir, entendiendo esta noción como "flujo" o como "stock".

En la primera acepción -escribe BERTIN-, la inversión en el curso de un periodo considerado -un año, por ejemplo- corresponde a la suma de cuatro elementos distintos, que son: la inversión a largo plazo del sector no monetario (empresas y Estado) o inversión en sentido estricto; la inversión a corto plazo del sector monetario (banca): créditos, préstamos, etc.; las transferencias unilaterales privadas o públicas: donaciones, etc.; el saldo de las rentas del capital en el exterior. El "flujo" de la inversión internacional es, entonces, igual al "saldo" de los pagos corrientes (comercio, servicios) de la balanza de pagos. De todas formas, éste saldo debe estar modificado en dos puntos: disminuyéndole las liquidaciones oficiales de los cambios en oro o divisas, y aumentándole el saldo de las rentas de los capitales existentes en el exterior que están normalmente incluidos en la balanza corriente.

La inversión internacional en un sentido amplio -continúa BERTIN- será igual al saldo de la balanza corriente, menos las liquidaciones oficiales en oro o

(15) L'investissement international; París, 1.972; págs. - 7-9.

divisas y mas el saldo de las rentas obtenidas de los capitales existentes en el exterior. Así definida, estamos ante una "noción neta". La inversión de un país es la suma, positiva o negativa, de los capitales que ha exportado y de los que ha recibido. De aquí la distinción con la noción de "movimientos de capital" que es, por el contrario, una "noción bruta" referida al conjunto de entradas y salidas de capital (16).

La inversión internacional, como "stock", está constituida, en un momento determinado, por el conjunto de derechos -en bienes o créditos- que detentan los inversionistas (17) de un país en los demás países, y que han sido acumulados en los tiempos anteriores.

En todo caso -concluye BERTIN-, por defini

-
- (16) Escribe PUIG ROJAS (El presente de las inversiones de capital extranjero en nuestro país, en Boletín de Estudios Económicos de Deusto; Bilbao, 1.965; nº 65, --pág. 410) que cuando se habla de inversiones de capital extranjero en un país determinado, existe una tendencia exagerada a confundirlas o reducirlas a las inversiones que el capital extranjero realiza en empresas nacionales con miras a establecer relaciones duraderas y a controlar, o al menos intervenir, en la gestión de la empresa en que se invierte aquel capital ... y a las inversiones que los no residentes realizan mediante adquisición de valores mobiliarios nacionales ... Este concepto es, sin embargo, excesivamente restringido. Junto a éstas dos formas típicas de los movimientos internacionales de capital, existen otras muchas. La adquisición de propiedades inmobiliarias por no residentes; la emisión y colocación de valores mobiliarios nominales en Bolsas de valores extranjeros; el aprovechamiento del crédito que normalmente ofrecen los suministradores extranjeros al importador nacional, los préstamos financieros entre casas matrices y filiales; la utilización de fondos bloqueados pertenecientes a no residentes, no son sino la enunciación de otras tantas formas que pueden revestir, y de hecho revisten en la mayoría de los países, los movimientos internacionales de capitales.
- (17) Es frecuente observar como en el lenguaje oral y escrito se utiliza, para nombrar al que realiza una inversión, la palabra "inversor", cuando en realidad el Diccionario de la Lengua admite en tal hipótesis, como única correcta, la palabra "inversionista" ("dícese de la persona natural o jurídica que hace una inversión de caudales"). Es una cuestión puramente terminológica, pero que estimamos interesante dejar anotada.

ción, tan solo consideramos que pueda hablarse de inversión internacional en un aspecto esencialmente moneta--rio, como "valor" del capital transferido, cualquiera - que sea la modalidad adoptada para tal fin.

2. EL CONCEPTO JURIDICO DE LA INVERSION EXTRANJERA.

La heterogeneidad de las fuentes legales, y las numerosas lagunas que presentan, hacen realmente - difícil, la tarea de llegar a alcanzar una traducción ju--rídica del concepto económico de la inversión internacional o extranjera.

No obstante, en aras a lograr, aunque sea parcialmente, éste objetivo, creemos que el concepto jurídico debe intentarse partiendo de los "instrumentos nor--mativos" que el Derecho económico internacional pone a - nuestro alcance y a los que se hizo referencia en la In--troducción.

Sobre éstas bases, trataremos de descu---brir la definición jurídica que puedan porporcionarnos - las normas de carácter internacional y las que nos sumi--nistra el Derecho comparado, para concluir investigando el sentido de nuestras propias normas internas.

2.1. Las fuentes de una definición jurídica.

A) Las fuentes internacionales.

Dentro de éste apartado incluimos las que hemos llamado "fuentes paccionadas", Tratados, Convenciones o acuerdos multilaterales o bilaterales suscritos en tre países.

En principio, en ninguna de éstas clases de fuentes hemos podido encontrar un concepto unitario de la IE, porque las nociones definitorias se refieren a alguna de las modalidades que puede adoptar la operación de IE, pero no al término en su sentido general y omnicompreensivo.

No obstante, efectuando una adecuada labor de síntesis podrían alcanzarse algunas conclusiones sobre ésta cuestión.

a) Fuentes multilaterales.

Las fuentes que, fragmentariamente, con tienen una definición de la IE, y que pueden incluirse en éste apartado son las tres siguientes: las normas - del Pacto Andino, el Código de liberalización de los - movimientos de capital de la O.C.D.E. y las dos primeras directivas de la CEE regulando la libertad de circulación de capitales en el seno de los países del mercado común.

1ª) Las normas del Pacto Andino (18).

- (18) El Pacto Andino, más propiamente Acuerdos de Integración Subregional, se suscribió en Bogotá el día 26 de mayo de 1.969, entre los Gobiernos de Bolivia, Chile, Ecuador, Colombia y Perú. Venezuela se adhiere el 13 de febrero de 1.973. Chile lo abandona a partir del 30 de octubre de 1.976 (Decisión 102). Las Decisiones 24, 37 y 37A contienen el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías. Estas normas han sido incorporadas a los diferentes ordenamientos internos: Bolivia por el D.L. nº 09798 (30-VI-1.971) sancionando con posterioridad la ley de inversiones - (D.L. nº 10.045, de 10-XII-1.971); Colombia por el D. nº 1.299 (30-VI-1.971) y ratificado por el D. nº 1.900 (IX-1.973); Ecuador por D. nº 974 (30-VI-1.971) con las salvedades sectoriales determinadas en su D. nº 1.029 (13-VII-1.971); Perú por el D. nº 18900 (30-VI-1.971) y el D.L. nº 18999 (19-X-1.971); Venezuela por D. nº 62 (24-IV-1.974) y D. nº 63 (24-IV-1.974). Los antecedentes de esta normativa multilateral -que me atrevería a calificar como la más ambiciosa y com-

En la Decisión 24, el art. 1º contiene una definición de las IE, en su modalidad de IED -cuyo concepto se expondrá detenidamente más adelante-, en los términos siguientes: "se entiende por inversión extranjera directa los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o empresas extranjeras, al capital de una empresa, en monedas libremente convertibles, plantas industriales, maquinaria o equipos, con derecho a la reexportación de su valor y a la transferencia de utilidades al exterior. Igualmente se consideran como inversión extranjera directa las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior" (19).

En ésta definición se ponen de manifiesto una gran heterogeneidad de elementos diferenciadores del concepto: por una parte el origen de la inversión ("aportes provenientes del exterior"; pero, al mismo tiempo, -

completa de cuantas se han intentado hasta el presente- se encuentran en el Tratado de Montevideo, suscrito el 18 de febrero de 1.960 (que instituyó una zona de libre comercio y la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio); la Declaración de Bogotá del 16 de agosto de 1.966; la Declaración de Punta del Este (Uruguay) de 14 de abril de 1.967 y las Resoluciones 202, 203 y 222 del Consejo de Ministros del ALAC, emanados en 1.967.

Sobre éste tema pueden verse: VINCES F. y KULJEVAN A., Estructura Jurídica del Acuerdo de Cartagena, -- dos tomos, Lima, 1.974; I.N.T.A.L., Asociación internacional de empresa en América Latina, Buenos Aires, 1.974; NUN B., Integración subregional andina, Santiago de Chile, 1.971; SCHLIESER P. y FIGUEROA G., Restricciones a la inversión extranjera en el Mercado Común Andino, en Rev. Derecho mercantil, Madrid, nº 123, 1.972, págs. 75 y ss.

- (19) La Decisión 103 completa el último punto del art. 1º añadiéndole "y las reinversiones que se efectuen de conformidad con el presente Régimen", con lo que completa la idea de control y limitación en la reinversión de utilidades: la reinversión ha de efectuarse en la misma empresa que haya generado las utilidades (art. 1º, Decisión 103).

tienen idéntica consideración los beneficios obtenidos - de la IE "reinvertidos" en el país); la nacionalidad de los titulares de la inversión ("personas naturales o empresas extranjeras"); la cualidad "física" de los bienes aportados ("monedas", "plantas industriales", "maquinaria", "equipos") y la posibilidad de su reexportación -- ("reexportación de su valor") y de las utilidades que de la inversión se derivasen ("transferencia de utilidades al exterior"). En cambio es indiferente que la empresa - en la que se realiza la inversión tenga, a los efectos - legales, la consideración de "nacional", "mixta" o "extranjera".

Pero el art. 3º nos situa ante otra noción importante a los efectos que perseguimos. Dicho precepto contempla -aunque para prohibirlas con carácter general- las IE que se materializan a través de la "adquisición de acciones, participaciones o derechos de propiedad de inversionistas nacionales". Es decir, nos sitúa - ante la idea de las IEC, aunque el texto legal las califique de IED, creemos que más que nada por la idea de -- "control" que pueden implicar respecto de la sociedad o empresa a las que tales títulos representen.

Por otro lado (art. 1º) se consideran como inversionistas nacionales a las personas naturales extranjeras con residencia en el país receptor y que hayan renunciado al derecho de reexportación y de transferibilidad al exterior.

Al propio tiempo es curioso advertir como, en el mismo art. 1º, se establece una diferencia sutil - al tratar de la clasificación de las empresas en las cua les se puede invertir por parte del inversionista extran jero: la empresa naciona es la "constituída en el país - receptor" y lo mismo sucede con las empresas mixtas; pero no así con las denominadas extranjeras, en las cuales

no efectúa mención alguna respecto al lugar de su consti-
tución. De ésta forma, creemos que los redactores de la -
Decisión 24 quisieron poner de manifiesto que la IE sería
considerada como tal, cualquiera que fuese el lugar de -
constitución de la sociedad -y, por tanto, su nacionali-
dad (20)- con tal de que se tratase de unidades económi-
cas que desarrollen sus actividades dentro del territo--
rio andino.

A tenor de cuanto llevamos indicado, en -
las normas del Pacto Andino, la IE -en general- podría -
ser definida partiendo de las siguientes ideas económi--
cas, ya expuestas, y que traducimos al campo jurídico:

- idea de aportación: origen de los fon--
dos (aportes exteriores y reinversiones:
fuente extranacional de los fondos "pri
mitivamente" aportados).
- idea de destino: recepción por unidades
económicas que desempeñan su actividad
en el interior de las fronteras del --
país receptor, preponderantemente.

Las circunstancias relativas a las formas
de aportación (constitución de unidades económicas o ad-
quisición, total o parcial, de las preexistentes); la na
turaleza de los bienes aportados (monedas, plantas, etc.);
la nacionalidad de los aportantes (extranjero, residente),
así como de los derechos y obligaciones que adquiere (reex
portación, transferencia, fiscalidad, etc.) son, con los
debidos matices, circunstancias formales que la ley esta
blece pero que no afectan al aspecto sustancial propio -
del concepto de IE.

(20) Sobre éste tema vid. GIMENEZ ARTIGUES F., La naciona-
lidad de las Sociedades mercantiles, Barcelona, 1.942.

Escuetamente, y sobre la base de las ideas señaladas, de las normas del Pacto Andino podría deducirse un concepto sustancial de las operaciones de IE que -- las asimilase a "las que tienen por objeto la aportación a unidades económicas nacionales, de bienes o derechos -- provenientes del exterior o generados por éstos, en las formas y condiciones previstas por la ley en cada caso".

2ª) El Código de liberalización de los movimientos de capital de la O.C.D.E. -- (21).

En el Anexo A del Código de liberalización de los movimientos de capital, adoptado por el Consejo -- el 12 de diciembre de 1.961 --con numerosas modificaciones posteriores-- se refiere a las IE en dos apartados: -- en el primero define las IED, en el sentido de considerar como tales las "efectuadas con vistas a establecer -- relaciones económicas duraderas con una empresa, de tal suerte que, claramente, otorguen la posibilidad de ejercitar una influencia real sobre la gestión de ésta" y por medio de cualquiera de las modalidades jurídicas que expresa individualizadamente y que analizaremos en otro lu

(21) La O.C.D.E. (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico) fué instituida por una Convención firmada en París, el 14 de diciembre de 1.960, por los miembros de la Organización Europea de Cooperación Económica (creada por el Convenio firmado en París el 16 de abril de 1.948), y por USA y Canadá a la que -- se adhirió el Japón el 28 de abril de 1.964. España firmó el Tratado en la fecha del mismo, ratificándolo el 3 de agosto de 1.971 y publicándolo en el B.O. E. del 5 de octubre de 1.963.

En la actualidad, además de España, son miembros por que han ratificado este acuerdo Australia (7-VII- -- 1.971), Austria (29-IX-1.961), Bélgica (13-IX-1.961), Canadá (10-IV-1.961), Dinamarca (30-V-1.961), USA -- (12-IV-1.961), Finlandia (26-L-1.969), Francia (7-VIII 1.961), Grecia (27-IX-1.961), Irlanda (17-VIII-1.961), Islandia (5-VI-1.961), Italia (29-III-1.962), Japón (25-IV-1.964), Luxemburgo (7-XII-1.961), Noruega (4-VII-1.961), Holanda (13-XI-1.961), Portugal (4-VIII-1.961), Reino Unido (28-IV-1.961), R.F. Alemana (27-IX-1.961), Suiza (28-IX-1.961), Turquía (2-VIII-1.961) y Nueva Zelanda (29-V-1.973).

gar. En el segundo apartado se incluirían las llamadas IEC, al admitir operaciones que se concreten en la "admisión de títulos nacionales en un mercado extranjero de capitales" siempre que se trate de "acciones u otros títulos que otorguen el carácter de participación" y - de "obligaciones" (Lista A, III, A), así como la "adquisición" y "venta" de títulos, de las mismas características de los anteriores, cotizados en un mercado organizado de valores (IV, A), e incluso la "compra-venta de títulos de organismos de inversión colectiva" (Fondos, Sociedades de Inversión) (V, A) y ciertas operaciones sobre inmuebles (VI, A).

Pero en ninguno de éstos apartados encontramos la noción, ni siquiera las notas características, de las operaciones de IE.

Hay que destacar, en estos conceptos por un lado, el dar por sentado el propio concepto de la inversión (son "inversiones directas" las "inversiones - efectuadas ...") y, por otro, la idea de transferencia de recursos (compra, venta, adquisición). Poca cosa en verdad. Acentúa la idea de "control" y "permanencia" - en las IED como una nota caracterizadora, que no encontramos en el concepto del art. 1º de la Decisión 24 -- del Pacto Andino.

Es precisamente, en la interpretación -- conjunta del principio general y las específicas modalidades que puede adoptar la inversión, donde aparece un concepto de gran valor para la caracterización que se pretende: la no residencia en el país donde se efectúa la inversión. En éste punto también difiere de la norma Andina, donde la referencia a la "residencia" -- del inversionista es, realmente, marginal.

Si forzamos los términos identificados,

se podría obtener un concepto de la IE que las equipare a "las transferencias monetarias efectuadas por no residentes a unidades económicas nacionales (personas físicas o jurídicas) con la finalidad de establecer relaciones duraderas o para la simple adquisición de determinados bienes que radican en el país".

3ª) Directivas de la CEE (22).

El Título III del Tratado de Roma, después de prescribir la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de los servicios, prevé en su capítulo IV la liberalización de los movimientos de capital y la supresión de las restricciones del control de cambios entre los Estados miembros.

Precisamente para lograr la auspiciada liberalización de los movimientos de capital, se dictaron dos Directivas en fechas 11 de mayo de 1.960 (23) y 18 de diciembre de 1.962 (24), en las que se contienen algunos conceptos de interés para nuestro análisis.

En la primera de las Directivas dictadas, se contiene una definición de IED muy similar a la del Código de la OCDE, si bien se destacan dos notas características: la primera, que suprime la idea del "ejercicio de una influencia real" sobre la gestión de la --

(22) Vid. VANDERSANDEN G., Le régime juridique des investissements dans la CEE, en Rev. Marché Commun, nº 154, mayo 1.972; págs. 494 y ss.; varios autores bajo la dirección de MEGRET, Le droit de la Communauté économique européenne, Vol. 3: Libre circulation del travailleurs, établissement et services, capitaux, transports; Bruselas, 1.971, págs. 173 y ss.

(23) J.O.C.E., 12 de julio de 1.960, nº 43.

(24) J.O.C.E., 22 de enero de 1.963, nº 9. En 1.964 la Comisión elaboró un Proyecto para una tercera Directiva, que no fué aceptado por el Consejo, y -- que fué reelaborado en 1.967, pero tampoco ha sido adoptado.

unidad económica que recibe la aportación (no se alude al "control"); la segunda, que acentúa el carácter finalista de la inversión: con vistas al ejercicio de -- una actividad económica (afectación). La noción de "es

A la vista de cuanto hemos expuesto, parece que se debería admitir la afirmación de CARREAU, -- JUILLARD y FLORY (25), en el sentido de que las fuen--tes convencionales multilaterales no han considerado -- excesivamente preocupante ésta falta de definiciones, tal vez porque en la elaboración de ellas los proble--mas de terminología ceden la prioridad a los de fondo, ya que no constituyen, en sí, parte de las preocupacio--nes esenciales de la comunidad internacional en éste -- terreno. Pero a nuestro entender, el problema termino--lógico es fundamental como elemento básico para la in--terpretación del fondo de la cuestión. De ahí que nues--tra extrañeza, ante la falta de concrección que se ha detectado, resulte acentuada.

b) Fuentes bilaterales.

Tampoco las fuentes de éste carácter son muy explícitas sobre la caracterización de la IE.

En el Reglamento E del Instituto belga-lu-

(25) Droit économique international, cit.; pág. 367.

xemburgués de cambio (26), encontramos un concepto que, prácticamente, concuerda con el de la Directiva citada de la CEE. Cuando trata de la garantía de transferencia en los movimientos de capital, la acuerda para "las inversiones destinadas a mantener o establecer, con fines productivos, relaciones directas y duraderas con una empresa industrial o comercial, establecida sobre el territorio de la Unión económica belga-luxemburguesa, bajo la forma de participación en el capital de ésta empresa o bajo la forma de préstamo a medio o largo plazo".

Como puede observarse, tampoco aquí encontramos una noción de inversión propiamente dicha, si no más bien los aspectos peculiares que otorgan, de una inversión, un determinado status -en éste caso la garantía señalada- frente a otras modalidades que, aún representando desde el punto de vista económico, una verdadera operación de IE, no estima el legislador que sean merecedoras de tal trato privilegiado.

En la noción transcrita se subraya el carácter "productivo" y las "relaciones duraderas y directas", como los caracteres más acusados de la IE, y que, teóricamente, pueden predicarse de las diferentes modalidades de IE que se reconocen con carácter general.

En el Tratado concluido en 1.961 entre Grecia y la República Federal Alemana sobre cooperación económica, encontramos un precepto -el art. 8º- que trata de dar una definición de la IE, que nos descubre, lo

(26) El arrêté de 6 de octubre de 1.944 insta en Bélgica y Luxemburgo el control de cambios y crea el Instituto, organismo encargado de aplicarlo. Le corresponde, además, el control de la transferencia de los bienes, en general, entre la Unión y el extranjero.

que ha puesto de relieve LOUSSOUARN (27) con agudeza. Los términos capital e inversión se utilizan indiferentemente lo que, terminológicamente, constituye una confusión: así como el concepto de capital tiene un carácter genérico en relación con el de inversión al que, extensivamente, engloba, el segundo resulta, desde el punto de vista de su connotación más amplio que el primero: "comprende toda -- operación que tienda a la creación de un capital, es decir, de un bien durable que sea susceptible de procurar -- satisfacciones diferidas".

B) Las fuentes del Derecho comparado.

Frente a la parquedad de normas internacionales utilizables para alcanzar un concepto jurídico -- de la IE, el Derecho comparado se nos muestra como una -- fuente de caudal incontenible, toda vez, que durante los últimos veinticinco años, hemos asistido a una exhuberante proliferación de textos legales -- leyes especiales o códigos de inversiones -- con los cuales, cada gobierno ha -- pretendido incentivar y disciplinar la entrada y el comportamiento del capital extranjero en su territorio nacional (28).

(27) Le régime juridique de investissements, cit.; pág. 199.

(28) Como apunta FLORY (Droit international du developpement, cit.; págs. 191-192) éstos Códigos están constituidos por la agrupación de un conjunto de disposiciones, tan completo como sea posible, que se refieren a muchas disciplinas, lo que hace el trabajo del investigador difícil, por su gran dispersión. Estos Códigos tratan de presentarse como "reductores o aminoradores de la incertidumbre", en el sentido de que contienen, tan claramente como es posible, el régimen que será aplicado al inversionista, haciéndole conocer las diferentes ventajas que puede proporcionarle su inversión en el país. Los Códigos de inversión aparecen así, en frase de TEYSSIER D'ORFEUIL, como una "proclamación de ofertas", un "mensaje al presunto inversionista" (Tiers-Monde, n° 58).

Esta abundantísima legislación produjo, inicialmente, una cierta desorientación en el investiga
dor, porque la heterogeneidad de los criterios no hace falta que sea resaltada; pero, pasados algunos años, -- también pudo observar que se estaba produciendo un movi
miento de aproximación conceptual que facilitaba extraordinariamente su labor. Se va creando una cierta unifor
midad, no solo terminológica -lo que ya es importante- sino "filosófica", en cuanto se van descubriendo una se
rie de principios generales, de directrices, que se -- aceptan con carácter casi general. Esto se traduce en -- la posibilidad de contar con un instrumento interpreta-
tivo de primera magnitud. Así, se observa como regla ge
neral la del trato igual, como mínimo, para el inversio
nista nacional frente al extranjero (igualdad ante la -- ley) (29); se propugnan las empresas de capital mixto, nacional y extranjero (30); la prohibición de inversio
nes públicas gubernamentales (31); etc.

- (29) El principio admitido en Derecho internacional tie
ne su expresión en ésta normativa especial. Así --
Turquia (Ley nº 6224, de 18 enero 1.954; art. 10),
Gabón (Ordenanza 21/67, de 23 de marzo de 1.967, --
modificadora de la Ley de Inversiones de 4 de di-
ciembre de 1.961; arts. 4, 5 y 8); Pacto Andino --
(Decisión 24, art. 50); Argentina (Ley 21382; art.
1º); Burundi (Código de 6 agosto 1.963, art. 3); --
Nigeria (Ley nº 68-24, art. 2); Brasil (Ley 4131,
art. 1º 1); Chile (Estatuto, arts. 8-10). Dos casos
aparte son Egipto que concede un régimen preferen-
cial a la IE sobre la nacional (Ley nº 65/1.971 y
Ley nº 43/1.974) y Argentina -régimen desfavorable-
(en la Ley derogada nº 20557).
- (30) Afganistan (Ley de 22-febrero-1.967; art. 15); Congo
(antigua ley de inversiones, de 22-diciembre-1.958,
art. 3); Indonesia (ley nº 1, de 10-enero-1.967, art.
27); Arabia Saudita (R.D. nº 35, de 25-febrero-1.964,
art. 8,b); El Salvador (D. nº 64, de 18-febrero-1.961
-Ley de Fomento industrial-, art. 16,a); Filipinas --
(Ley nº 5168, de 16-septiembre-1.967, arts. 3, B y --
19 A).
- (31) El Salvador (D. nº 64, párrafo II del Preámbulo y --
art. 16. a); Irán (Ley 29 de noviembre de 1.955, art.
1º c) y Nota 1 a dicho artículo). Esta norma no rige
en Alemania (AWG, art. 58).

Como hemos indicado, ésta legislación es numerosísima, y en adelante, salvo que especifique--mos otra cosa, las citas se referirán a ella. Por eso --consignamos a continuación la que entendemos mas representativa e interesante (32):

- Argentina, Ley nº 21.382 (13 de agosto de --1.976) y su Reglamento (aprobado por el D. --283/77, de 4 de febrero de 1.977) y la Resolu--ción 4/77 (del 24 de marzo de 1.977) (33).
- Afghanistan, 22 de febrero de 1.967: Ley de --inversiones extranjeras y nacionales privadas.
- Arabia Saudita, Código de Inversiones, aproba--do por R.D. nº 35, de 25 de febrero de 1.964.
- Argelia, Código de Inversiones aprobado por --la Ordenanza nº 66-284, de 15 de septiembre --de 1.966.
- Bélgica, Ley de expansión económica de 30 de

(32) La principal fuente de información la ha constituido --excepto para los países europeos y los iberoamerica--nos-- la revista International Legal Materials, Washing--ton, varios tomos. En otros casos haremos referencia precisa a la fuente concreta. Sobre los países del --llamado mercado común del Este de Africa (Kenya, Ugan--da y Tanzania) existe una notable obra de EZE O.C., The Legal status of foreign investment in the East --African Commun Market, Ginebra, 1.975.

(33) Argentina es uno de los países donde, en los últimos años, con más rapidez se han sucedido las normas so--bre IE. La primera Ley de IE data de 1.948 (D. nº --3347), la segunda de 1.953 (Nº 14.222, de 21 de agos--to), la tercera de 1.958 (Ley nº 14.780, de 22 de di--ciembre), la cuarta de 1.970 (Ley nº 18.587), la quin--ta vuelve a ser la ley nº 14.222 (por derogación de la anterior: D.L. nº 19.151, de 30 de julio de 1.971), la sexta de 1.973 (L. nº 20.557, de 29 de noviembre). Vid: BRUZZON J.C., Radicaciones de capitales extran--jeros Ley 20.557, Buenos Aires, 1.974; ROCA E., In--versiones extranjeras, Ley 21.382; B. Aires, 1.977; ZALDIVAR E., Régimen de empresas extranjeras en la --República Argentina, B. Aires, 1.972.

- Bolivia, Colombia, Perú, Ecuador y Venezuela, se rigen por las normas del Pacto Andino (Decisiones 24, 37, 37 A, 47, 48, 70 -cap. VI-, 103, 109, 124 y 125) (35).
- Brasil, Ley nº 4131 de 3 de septiembre de 1.962 (reformada por la Ley nº 4390, de 29 de agosto de 1.964), D. 18 de febrero de 1.965, el D.L. de 7 de mayo de 1.975, la Resolución nº 323 y la Circular nº 252 del Banco de Brasil.
- Burundi, Código de inversiones de 6 de agosto de 1.963.
- Canadá, Foreign Investment Review Act. de 1.973.
- Chile, Estatuto de la inversión extranjera aprobado por D.L. nº 1748 de 11 de marzo de 1.977 (36).
- Chad, Código de inversiones aprobado por D. nº 156, de 14 de agosto de 1.963.
- Egipto, Ley de inversiones extranjeras, apro-

(34) Como antecedentes del régimen belga actual, puede verse: BONET J., El régimen jurídico de la inversión de capitales extranjeros en Bélgica, en anuario Derecho civil, Madrid 1.960, tomo XXIII, págs. 765 y ss.

(35) Nos remitimos a la nota a pié de página nº , y -- además a WIONCZEK M., Inversión y tecnología extranjera en América Latina; Méjico, 1.971; págs. 67 y ss.

(36) Chile se retiró del Pacto Andino a partir del 30 de octubre de 1.976 (Decisión 102), pero ya con anterioridad al 11 de julio de 1.974 se habría dictado un D.L. nº 600 con el Estatuto de la inversión extranjera, pronto derogado y sustituido por el actualmente vigente.

bada por el D. nº 43/1.974, de 19 de junio.

- Estados Unidos, la Securities Exchange Act de 1.934, con alguna otra disposición de menor importancia (vgr.: Public Law 91-508 de 26 de octubre de 1.970).
- República Federal Alemana, Ley sobre comercio exterior (AWG) de 28 de abril de 1.961 (37).
- Francia, Ley nº 66-1008 de 28 de diciembre de 1.966 y D. nº 67/78, de 27 de enero de 1.967, relativos a "las relaciones financieras con el extranjero" (38).

- (37) Hasta junio de 1.950, estuvieron prohibidas por los aliados las IE en Alemania. La introducción libre de capitales extranjeros fué posible a partir de la convertibilidad de la moneda (29 de diciembre de 1.958). En 1.960 se limitan nuevamente las IE, acrecentándose la obstaculización con la ley de 28 de marzo de 1.965 que gravaba los valores alemanes de renta fija en poder de no residentes con un impuesto sobre la renta del 25%. Entre 1.972 y 1.975 se impone la obligación de efectuar ciertos depósitos, sin interés, por parte de los residentes en razón de préstamos o créditos obtenidos del extranjero. Vid. BONET J., El régimen jurídico alemán de las inversiones de capitales privados, en anuario de Derecho civil, Madrid, 1.969, separata.
- (38) Existen numerosas modificaciones posteriores: D. nº 69-264, de 21 de marzo de 1.969, D. nº 71-143, de 22 de febrero de 1.971, entre las más importantes. Vid. PINTO R., Le régime juridique des investissements étrangers en France, en Rev. Journal Droit International, año 94, nº 2, 1.967; págs. 235 y ss. y también COLOMES M., Le droit de l'établissement et des investissements dans la CEE, París, 1.971; págs. 207 y ss.; BONET J., El régimen jurídico de las inversiones de capital extranjero en Francia, en anuario Derecho civil, Madrid, enero-marzo 1.968, págs. 167 y ss.; CREMADES J.B., El régimen jurídico y fiscal de las inversiones españolas en Francia, Madrid, 1.974. Un tema muy interesante se ha suscitado a propósito de la normativa francesa y su colisión con las normas comunitarias de la CEE, y aunque la Corte de Justicia (affaire 66/69, 10 de noviembre de 1.969) proclama la compatibilidad éstos regímenes, la doctrina ha reaccionado en contra de tal solución (Vid. MEGRET, Le droit de la communauté, cit.; págs. 180 y ss.; CARREAU, JUILLARD y FLORY, Droit international économique, cit.; págs. 384 ss.). Un estudio de la normativa francesa desde el punto de vista de la IE americana, vid. DICKIE R. B., Foreign Investment: France; Leyden, 1.970.

- Filipinas, Ley nº 5168, de 16 de septiembre de 1.967.

- Gabón, Ley de inversiones nº 55/61 de 4 de diciembre de 1.961, reglamentada por la Ordenanza nº 21/67 de 23 de marzo.

- Grecia, D.L. nº 2687/1953, modificado por la Ley nº 4171/1961 y el D.L. nº 916/1971 (39).

- India, Industrial Policy Revolution de 1.956 y la Foreign Exchange Regulation Act de 1.973, - nº 46, secciones 19 y siguientes (40).

- Indonesia, Ley nº 1 de 10 de enero de 1.967 y D. 27 de enero de 1.967.

- Inglaterra, Exchange Control Act de 1.947, parte III (41).

- Irlanda, Exchange Control Act de 1.954.

- Italia, Ley nº 43 de 7 de febrero de 1.956, D. nº 758 de 6 de julio de 1.956, D. ministerial de 28 de diciembre de 1.956, D.L. nº 476 de 6 de junio de 1.956 y D. ministerial de la misma

(39) Vid. MAVRIAS K., Le régime juridique des investissements étrangers en Grece, Paris, 1.977.

(40) Vid. NEGANDHI A.R., The foreign private investment climate in India; Bombay, 1.966; págs. 58 y ss.

(41) Como se hace constar en el documento redactado por BARCLAY P.M. para la Unión Internacional de Abogados, titulado The control of inward investment into the United Kingdom, Agosto de 1.977, además del Act de 1.947, existen disposiciones que afectan a la IE en la Income and Corporation Taxes Act de 1.970, la Fair Trading Act de 1.973, la Industry Act de 1.975, así como en la Borrowing (Control and Guarantees) - Act de 1.946.

- Japón, Programa de 27 de abril de 1.973.
- Liberia, Código de incentivos a la inversión, de 25 de abril de 1.966.
- Méjico, Ley para promover la inversión mejicana y regular la inversión extranjera de 7 de febrero de 1.973 y el Reglamento del Registro Nacional de IE de 11 de diciembre de 1.973 (43).
- Nigeria, Código de inversiones aprobado por la Ley nº 68-24, de 31 de julio de 1.968.
- Paraguay, Ley de inversiones de 12 de diciembre de 1.975, que sustituye nº 550 a la nº - 216 de 30 de octubre de 1.970.
- Portugal, Código de las IE, aprobado por el D.L. nº 239/76, de 6 de abril, y D.L. nº 716-C/76, de 8 de octubre (44).

(42) Vid. SCOTT W.G., Gli investimenti esteri in Italia, Milán, 1.960; BAELI S., Investimenti e finanziamenti esteri in Italia, Roma, 1.957; MICALIZZI, I finanziamenti, cit.; MINOLI, La legge 7 febbraio 1.956, - nº 43, in materia de investimenti di capitali esteri in Italia, en Rev. Diritto del'economia, 1.956, pág. 398 y ss.; BONET J., El régimen jurídico de -- las IE en Italia, en Anuario Derecho español, Madrid, tomo XXI, 1.968, págs. 891 y ss.

(43) Vid. BARRERA J., Inversiones extranjeras, Méjico, - 1.975; GOMEZ PALACIO I., Análisis de la Ley de IE - en Méjico, Méjico, 1.974; MENDEZ SILVA R., El régimen jurídico de las IE en Méjico, cit.; GONZALEZ -- SOUZA L., La inversión y otras actividades de los - extranjeros en Méjico, Méjico, 1.973; SEPULVEDA y - CHUMACERO, La IE en Méjico, cit.; WISE S.T., Invest and Retire in Mexico, N. York, 1.973.

(44) En Portugal rigió el D.L. nº 46312, de 28 de abril de 1.965 derogado después de la Revolución de abril de 1.974 y sustituido durante el mandato del último Gobierno revolucionario por la normativa vigente de 1.976.

- Senegal, Código de inversiones, sustituido -
por la ley 72-42 de 4 de junio de 1.972 (45).
- Togo, Ley nº 65/10 de 21 de julio de 1.965.
- Túnez, Código de inversión aprobado por Ley
nº 69-35, de 26 de junio de 1.969.

Trataremos de obtener algunas conclusiones acerca del concepto de IE, utilizando estas fuentes que nos proporciona el Derecho comparado.

1º) El concepto de "inversión" en los textos legales.

La mayoría de las disposiciones ana-
lizadas pueden clasificarse a éste efecto en cuatro grupos diferentes: a) las que no contienen definición algu-
na de inversión (Ghana, Liberia, República Federal Ale-
mana, Irlanda, Senegal); b) las que confunden la opera-
ción de inversión propiamente dicha -es decir, en su aspecto dinámico- con la noción del "capital invertido" -
(aspecto estático) (Indonesia, Paraguay, Grecia); c) --
las que dan por supuesto su concepto (la mayoría) y d)
las que consideran necesario concretar de alguna forma
tal noción.

En éste último apartado, que es realmente el único que nos interesa, se puede establecer, a
su vez, una subdivisión entre las normas que se refie--
ren a la "inversión" como "transferencia de bienes" --

(45) Sustituye al Código aprobado por la Ley 61-14 de 22
de marzo de 1.962, modificada a su vez por la Ley -
65-34 de 10 de mayo de 1.965. Vid. NIANE B., Le ré-
gime juridique et fiscal du Code des investissements
au Senegal, Dakar-Abidjan, 1.977.

(Chile, Italia, Argentina) y las que -como en Francia- prefiere enumerar las circunstancias en las que cabe reconocer que se produce una operación de inversión. En efecto, en éste último país, el art. 2º del D. nº 67-78 indica (aunque referido a las IED) que se entenderá por inversión "la compra, creación o ampliación de establecimientos comerciales, de sucursales o de cualquier empresa de carácter personal" (apdo. a), así como "cualesquiera operaciones cuando, de manera aislada o no, concomitante o sucesiva, tienen por efecto permitir a una o varias personas tomar o aumentar el control de una sociedad que ejerza una actividad industrial, agrícola, -comercial, financiera o inmobiliaria, cualquiera que sea su forma, o asegurar la ampliación de tal sociedad si -se encuentra ya bajo su control" (apdo. b); y la Circular de 28 de junio de 1.977 incluye entre las "formas" de la inversión las opciones, préstamos, garantías, marcas, patentes, licencias, contratos comerciales o de --asistencia técnica, etc. (Tit. I, Cap. 11, final). El -derogado Código senegalés de 1.962 contenía una especie de definición de señalar que se entenderán como inver--sión (extranjera) "las participaciones y los préstamos asimilables ..." (art. 2º).

2º) El criterio de "extranjería" en las operaciones de inversión.

En la delimitación jurídica del concepto de IE se observa la existencia de variados criterios en el Derecho comparado. De acuerdo con su importancia -derivada exclusivamente de la frecuencia con que se em--plean en los textos legales-, podemos identificar los -siguientes, que suelen aparecer combinados entre sí:

a) El criterio de la titularidad de la -inversión.

Toda operación de inversión que reconozca por titular a un extranjero -persona física o jurídica- es considerada como IE (criterio eminentemente personalista).

Pero el principio requiere una matización. En las normas sobre IE han prevalecido, en éste caso -- concreto, las nociones que suministra la legislación sobre control de cambios (que prácticamente existe, en mayor o menor entidad en todos los países), y de ahí que el concepto de "extranjero" haya sido sustituido por el de "no residente" (el art. 2º, 2 de la Ley argentina es tajante: se considera inversor extranjero a toda persona física o jurídica domiciliada fuera del territorio nacional, titular de una inversión de capital extranjero). Más explícita resulta aún la norma chilena al establecer tal presunción de "extranjería" para las personas chilenas "con residencia y domicilio en el exterior" (art. 1º). El texto alemán habla de "domicilio o residencia" (parágrafo 4, nº 4, AWG). La ley italiana se reduce a señalar a "los ciudadanos italianos residentes en el extranjero" (art. 1º). Por eso sucede que, por -- ejemplo, en Méjico -uno de los pocos países donde no -- existe control de cambios actualmente- se consideran inversionistas extranjeros tan solo a las "personas morales y físicas extranjeras y a las unidades económicas - extranjeras sin personalidad jurídica" (art. 2º, I, II y III).

b) El criterio del "control" de la inversión.

Es IE toda la que está "controlada" por - extranjeros o asimilados (no residentes): control exterior de los fondos invertidos (criterio personalista).

Se trata de una idea que enlaza con la an

terior, pero que introduce un elemento de gran importancia, porque, en ocasiones, puede llegar a considerarse como IE lo que, realmente, no puede serlo porque ni ha habido inversión ni de ésta es titular ningún inversionista extranjero.

Dos hipótesis manejan los textos legales: la primera, que se trate de sociedades nacionales en -- las cuales ya exista una participación de capital exterior. Es inversionista extranjero "toda empresa local -- es decir nacional- de capital extranjero" (ley argentina, art. 2º 2 y 3) y las "empresas mejicanas en las que participe mayoritariamente capital extranjero (ley mejicana, art. 2, IV). La segunda hipótesis contempla un caso de control no patrimonial, que se produce en aquellos supuestos en que los extranjeros "tengan, por cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa" (ley mejicana, art. 2º IV, final), lo que se ha interpretado, y creemos que certeramente, como la posibilidad de control por medio de contratos de préstamo, fideicomisos, licencias de uso de marcas y patentes o -- cualquier otro título (46), aunque no por situaciones -- de hecho (47).

La noción de "control" será estudiada más ampliamente al tratar de las IE directas.

c) El criterio del "origen extranacional" del capital invertido.

Uno de los criterios predominantes es el de la necesidad de que cualquier operación de IE repre-

(46) GOMEZ-PALACIO, Análisis de la Ley de inversión, cit.; pág. 37. Sobre el concepto de "manejo de la empresa" nos remitimos a BARRERA, Inversiones Extranjeras, - cit.; págs. 40 y ss.

(47) BARRERA, Inversiones extranjeras, cit.; págs. 43 y ss.

sente la transferencia de capitales exteriores.

Ahora bien, ésta idea se interpreta en un doble aspecto: primeramente, señalando la necesidad - de que el capital originariamente invertido -en el sentido de capital aportado al "principio" de la inversión- - sea necesariamente originario del extranjero. En segundo término, permitiendo que el capital generado por aquel - en el interior del país, es decir nacional por su producción y extranjero por su fuente, sea considerado, caso de reinvertirse en ciertas condiciones, como si fuera, originariamente extranjero. El Código portugués se refiere a éstos últimos como "reinversión extranjera" (art. 2º).

Respecto al primero, la calificación - se hace utilizando dos procedimientos: mediante una delimitación amplia y generalizada, o bien a través de una enumeración concreta y minuciosa. El art. 2º de la Ley - de Indonesia se refiere a las "divisas que no formen parte de los recursos en moneda extranjera del país" y al "equipo necesario para una industria y los suministros materiales que entren del exterior, siempre que dicho equipo no se financie con los recursos en divisas de Indonesia". - En idéntico sentido el art. 1º de la ley brasileña nº -- 4131. Modelo de declaración pormenorizada lo encontramos en el art. 2º de la norma paraguaya y en el art. 2º del derogado Estatuto chileno de 1.974.

La reinversión de utilidades se considera como nueva operación de IE sometida a ciertas formalidades (art. 12, Decisión 24 Pacto Andino) o practica-- mente libre (art. 2º, apdo. f) del Estatuto chileno; art. 7º, de la Ley brasileña nº 4131).

d) Criterio "finalista" de la inversión.

En algunas normas, las IE solo se con-

ciben como tales cuando coadyuvan al fortalecimiento económico del país receptor. Cuando la inversión es productiva y contribuye al progreso del sistema donde se produce el hecho, existe IE. En consecuencia, se introduce un criterio cualitativo en el concepto jurídico.

Esta noción finalista se entiende, a su vez, en tres planos : como desarrollo económico en su sentido más estricto -aumento de la producción-; como -- crecimiento en su vertiente social -aumento de puestos de trabajo-, y en un contexto más amplio que comprende a los dos anteriores.

De tales ideas hay ejemplos. El art. 2 del D.L. 2687/1.953 griego, en su apartado 2, establece que "son consideradas como productivas las inversiones -destinadas a acrecentar la producción nacional, a contribuir al progreso económico del país". En el Código de incentivos liberiano se alude a "los negocios que supongan promoción del crecimiento económico y del desarrollo de Liberia" (Sección 2). En Ghana se contienen referencias similares (desarrollo de la capacidad productiva a través de una eficiente utilización de los recursos y del potencial económico; la integral utilización de los recursos y del potencial económico; la integral utilización y expansión de la capacidad productiva; la disminución de las importaciones; un alto nivel de empleo, etc.) (Parte II, nº 5). El art. 1º de la ley italiana se refiere a la "creación de nuevas empresas productivas o la ampliación de empresas análogas ya existentes".

La ley mejicana representa la condensación del sentido finalista de la inversión al establecer, en su art. 13, que "para determinar la conveniencia de autorizar la inversión extranjera y fijar los porcentajes y condiciones conforme a los cuales se regirá, la Comisión

(se refiere a la Comisión Nacional de IE) tomará en cuenta los siguientes criterios y características de la inversión (citamos los que estimamos más sobresalientes): 1, ser complementaria de la nacional; 2, no desplazar a empresas nacionales que estén operando satisfactoriamente ni dirigirse a campos adecuadamente cubiertos por ellas; 3, sus efectos positivos sobre la balanza de pagos y, en particular, sobre el incremento de las exportaciones; 4, sus efectos sobre el empleo, atendiendo al nivel de ocupación que genere y la remuneración de la mano de obra; 5, la ocupación y capacitación de técnicos y personal administrativo de nacionalidad mejicana; 6, su contribución al desenvolvimiento de las zonas o regiones de menor desarrollo económico relativo; 7, el aporte tecnológico y su contribución a la investigación y desarrollo de la tecnología del país; 8, preservar los valores sociales y culturales del país; 9, la identificación del inversionista extranjero con los intereses del país y su vinculación con centros de decisión económica del exterior y, 10, en general, la medida en que coadyuve al logro de los objetivos y se apegue a la política de desarrollo nacional" (constituyen los apartados 1-5, 9, 12, 14, 16 y 17 del precepto citado).

En ésta misma línea, pero con formulación más amplia y enunciativa, el art. 1º del Código portugués, en sus dos primeros apartados, establece que "la inversión directa extranjera en Portugal debe subordinarse. a) a los principios informadores del Estado en materia económica y b) al plan económico y a las disposiciones que lo desarrollan".

e) El criterio de la "reexportación y transferibilidad".

Esta idea, asociada al concepto de

la IE, tan solo se encuentra claramente expresada en el art. 1º de la Decisión 24 del Pacto Andino, a tenor del cual se consideran como IED "los aportes ... con derecho a la reexportación de su valor y a la transferencia de utilidades al exterior".

De aquí que el mismo precepto no considere como IE la efectuada con bienes transferidos desde el extranjero, por personas naturales extranjeras, cuando estas -siendo residentes en el país receptor- renuncien expresamente al derecho a reexportar el capital y al de transferir las utilidades al exterior.

2.2. Concepto de las operaciones de IE en el ordenamiento jurídico español.

Las normas dictadas en 1.974 han innovado, nos atreveríamos a decir profundamente, el concepto de IE que se deducía de las múltiples y heterogéneas -- disposiciones que, hasta tal fecha, regularon ésta materia.

Por ello creemos que se impone, aunque brevemente, hacer alguna referencia al Derecho derogado.

2.2.1. El concepto de la IE en los textos derogados.

La Ley de Ordenación y Defensa de la Industria nacional, de 24 de noviembre de 1.939, tan solo se refería al tema en su art. 5º en el que se permitía, genéricamente, que "en las nuevas industrias" pudiese admitirse "como inversión de capital extranjero" hasta una cuarta parte del importe de su capital social. Pero aquí acababa todo. No se hacía ninguna otra aclaración al respecto. Habría que aplicar, en principio, las nor-

mas sustantivas sobre nacionalidad y extranjería para concretar los límites de la IE.

Pero las normas cambiarias que aparecieron a raíz del célebre D. nº 313 de 5 de julio de 1.937 (bloqueo de cuentas cuyos titulares residan en el exterior, sean extranjeros o españoles) y que fueron desarrollándose en sucesivas circulares emanadas del IEME, introdujeron la noción del titular no-residente. No obstante, en materia de IE, continuó desconociéndose tal circunstancia y de ahí, por ejemplo, el que la LSA exigiese que, en el título de la acción, se expresara necesariamente "la indicación de si es o no transferible a extranjeros" (art. 43, 5).

A tenor de estos textos legales podría inferirse un concepto de la IE que la equiparase a la "aportación de capital cuya titularidad corresponda a un extranjero (es decir, a un no español) y sin que, por ello, pueda alcanzar el control jurídico de la industria en que se efectue". La noción de "propiedad" -- que contiene el apartado a) del citado art. 5º, nos hace interpretar la IE en el sentido de aportación efectivamente realizada, no de simple transferencia de fondos al interior del país.

En las normas que aparecieron a raíz de la iniciación de la liberalización del sistema económico (D.L. de Ordenación Económica, de 21 de julio de 1.959) (48), se perfilan ya los caracteres de lo que en

(48) Apunta el Servicio de Estudios del BANCO URQUIJO que "la delicada situación de la economía española aconsejaba, en el verano de 1.959, una triple terapéutica: liberalización interior, estabilización y liberalización exterior" para que "cumplidas las tres etapas en éste orden, la tercera sería facilitada por la afluencia de capitales extranjeros que, sin duda, adquiriría grandes proporciones cuando la intervención hubiera desaparecido" (La economía española en 1.960; Madrid, 1.961; pág. 19).

Es opinión general (49) considerar -- que las disposiciones específicas sobre IE, que se dictaron desde 1.959, respondían a una clara inspiración de la normativa italiana de 1.956. Y, naturalmente, como en ella no se establecía, según vimos, una definición de lo que deba entenderse por IE, tampoco se hizo en las normas españolas, debiendo inducirse del contenido de éstas, principalmente del D.L. de 27 de julio de 1.959 y la OM de 24 de diciembre del mismo año (50), así como de la OM de 15 de diciembre de 1.962.

El art. 1º del D.L. de 27 de julio establecía que "los españoles con residencia habitual en el extranjero, los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras de naturaleza privada podrán transferir a España sus capitales en moneda extranjera, admitida a cotización en el mercado español de divisas, para invertir libremente su contravalor, según las modalidades que reglamentariamente se señalen, en la modernización, ampliación o creación de empresas españolas en igualdad de condiciones que los nacionales residentes en España y de acuerdo con lo establecido en éste Decre

(49) Vid. BARRENA F., La nueva legislación sobre IE, en Boletín Estudios Económicos Deusto, Bilbao, 1.959, Vol. XIV, nº 47, pág. 56; TAMAMES R., Estructura económica de España, Madrid, 1.960, pág. 628; SILVA F., Estudio comparado de la legislación española e italiana sobre inversiones de capital extranjero, en -- Rev. Administración Pública, Madrid, 1.959, nº 30, -- págs. 275 y ss.; VERDERA E., Régimen Jurídico de las IE en España, en Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1.963, Vol. IV, pág. 116. En contra de ésta opinión, NAHARRÓ MORA J.M., Las Inversiones de capital extranjero y la estabilización, en la obra colectiva La estabilización en España, Madrid, 1.960, pág. 121.

(50) Estas disposiciones se referían esencialmente, a las que se denominan IED -cuyo concepto se expone posteriormente en éste mismo capítulo-, por lo que nos parece inexacta la alusión que "a la adquisición de títulos mobiliarios de empresas españolas, previamente circulantes" contenía el preámbulo de la OM de 15 de marzo de 1.962.

to-Ley". El art. 1º del D. de 24 de diciembre, completaba el precepto anterior al permitir que bajo el concepto de capital exterior se pudiesen aportar, igualmente, -- "equipo-capital de origen extranjero" (apdo. b), el importe de las utilidades no distribuidas -reinversión- -- ("aportación de pesetas procedentes de beneficios o capitales que tengan la condición de transferibles", apdo. c) y la de "asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación" (apdo. e). A su vez, la OM de 15 de marzo de 1.962, por la que se reguló la IE mediante valores mobiliarios previamente circulantes, permitía, a las mismas categorías de inversionistas que citaba el D.L. de julio de 1.959, la adquisición de aquellos títulos "mediante - el pago de pesetas procedentes de la conversión de divisas extranjeras negociables en el mercado español o con pesetas convertibles" (apdo. 1º, 1).

De éstas disposiciones transcritas podrían deducirse las notas que caracterizaban la IE en -- los textos derogados: dos notas fundamentales y una tercera, parcialmente complementaria.

a) El criterio personal o de la titularidad de la inversión. Se establece en base a los conceptos de nacionalidad (todos los extranjeros, residan o no en nuestro país, y las personas jurídicas extranjeras de naturaleza privada) (51) y de residencia (los españoles - que tengan su residencia fuera del país pueden efectuar operaciones de inversión en España, pero acogidas forzosamente al Estatuto especial de la IE).

(51) Respecto a éstas últimas no es del todo exacto incluir únicamente a las personas jurídicas de naturaleza privada, pues el D.L. de 25 de enero de 1.962, anterior a la OM de 15 de marzo del mismo año, autoriza las IE en nuestro país de la Corporación Financiera Internacional.

b) El criterio real que se refiere a la índole y el carácter de las aportaciones. Hasta que se dictó la OM de 24 de diciembre de 1.959, se podía pensar que, a diferencia del sentir general, tan sólo era posible referirse a IE cuando la aportación se "importaba", es decir, se generaba y venía del exterior. A partir del Decreto se admite como aportación el capital generado en el país, cuya titularidad corresponda a un "inversionista extranjero".

Cierta confusión podía producir el contenido del número 2 del apartado 1º de la OM de 15 de marzo de 1.962, a tenor del cual: "las personas físicas extranjeras residentes en España podrán realizar dichas adquisiciones (52) con pesetas que no reunan -- las condiciones señaladas en el párrafo anterior (53), pero en tal caso no gozarán de los derechos de transferencia de beneficios y capitales que establece la presente orden", ya que podría interpretarse como que las inversiones efectuadas en tales condiciones se acogen al estatuto de las normas especiales. Pero ello no parecía sostenibles, de una parte porque, precisamente, los derechos de transferencia que se indicaban en la misma disposición (54) eran los únicos que generaba la

(52) Se refiere a compra de títulos mobiliarios de renta fija o variable, previamente emitidos, Deuda pública del Estado español, de Corporaciones locales y cualesquiera otros representativos de Deuda de entidades de Derecho público (OM 15 marzo 1.962, apdo. 1º, 1).

(53) Es decir, que no se trate de "pesetas procedentes - de la conversión de divisas extranjeras negociables en el mercado español o con pesetas convertibles" - (OM 15 marzo 1.962, apdo. 1º, 1).

(54) Los titulares "gozarán del derecho de transferencia al exterior, en divisas y sin limitación cuantitativa alguna de intereses, dividendos legalmente repartidos y beneficios, incluso el producto de la venta de los derechos de suscripción" así como "del total importe de las enajenaciones sin limitación cuantitativa alguna" (OM 15 Marzo 1.962, apdo. 3º y 4º).

IE, y en segundo término, porque el contenido del apdo. 2º de la misma disposición (55) fué desvirtuado por la famosa Res. de la D.G. de los Registros de 22 de julio de 1.970 (56) ampliamente comentada por la doctrina -- (57).

(55) Apdo. 2º OM 15 marzo 1.962: "los títulos citados en el número anterior (valores mobiliarios) podrán ser adquiridos libremente y sin otra limitación de cantidad que la derivada, para los de renta variable, del hecho de que el porcentaje en poder de las personas señaladas en el párrafo primero (es decir, -- los "inversionistas extranjeros") no exceda del 50% del capital social de la empresa española en que se realice la inversión. Para porcentajes de participación de capital extranjero superiores, será necesaria la previa autorización del Consejo de Ministros".

(56) La Resolución de 22 de julio de 1.970 resolvía básicamente acerca de si un residente extranjero podía participar en una sociedad española, con aportación superior al 50%, sin necesidad de previa autorización del Consejo de Ministros, cuando el capital reportado es integramente español por su origen. La oficina de IE de la Presidencia del Gobierno, en consulta formulada, resolvió el caso, señalando que no estaba comprendido en la normativa especial vigente.

El Registrador Mercantil denegó la inscripción del documento por entender que se infringía el art. 5º del D.L. de 27 de julio de 1.959.

La D.G. de Registros al revocar el acuerdo y nota - del Registrador, al establecer que la legislación - especial se aplica exclusivamente a los supuestos - en que el sujeto activo aportante sea un español - con residencia habitual en el extranjero, o un extranjero o persona jurídica extranjera de naturaleza privada, siempre que el objeto de la aportación proceda "además" del exterior (considerando 3º) y - que no cabe una aplicación extensiva del D.L. de 27 de julio de 1.959, dado su carácter restrictivo (considerando 4º), acaba concluyendo en el sentido de - estimar que "el régimen aplicable al súbdito extranjero con residencia en España que quiere invertir - capital integramente nacional en Sociedades españolas será el general establecido en el art. 15 del - C. de c. que sanciona el sistema de libertad, salvo lo establecido en Tratados y Convenios Internacionales".

(57) La doctrina que sentó la Resol. de la D.G. de Registros fué criticada con signo muy distinto por los - autores. Rechazada totalmente por GARCÉS (Régimen - jurídico de las IE en España; Barcelona, 1.975; pág. 14) y CAMARA (Estudios de Derecho mercantil; Madrid, Vol. I, 1.972; pág. 502), es aceptada por MUÑOZ (Inversiones extranjeras en España; temática a la luz de la Res. de la D.G. de Registros y Notariados de 22 de julio de 1.970", en Rev. Jurid. Cat., julio-

Así pues parece que debía concluirse se ñalando, como segunda condición del concepto de IE, la necesidad que los fondos aportados inicialmente tuviesen un origen extranacional (58).

c) Criterio finalista. En la exposición de motivos del D.L. de julio de 1.959 se observa con -- claridad la existencia de la idea "productivista" que -- vimos recogida en otros textos comparados. Esta disposi -- ción -se escribe- "pretende ser un instrumento para au -- mentar la eficacia de las empresas españolas y contri -- buir al mismo tiempo a la elevación de la productividad económica y, por tanto, del nivel de vida del país". -- Por ello, el art. 1º del texto legal se concreta a espe -- cificar que la IE debería tender a la "modernización, --

septiembre 1.971; págs. 217 y ss.), y por AMOROS, - CARRETERO y FERNANDEZ CABALEIRO (IE, comentario en Rev. Crit. Derecho inmobiliario, Madrid; nº 482, -- enero-febrero 1.971, págs. 141 y ss.).

Si nos atenemos a las líneas generales de sus traba -- jos, publicados con anterioridad a la Res. comenta -- da, debemos estimar, igualmente, como contrarios a -- la misma a PELAYO ("Inversiones de capital extranje -- ro en España" en Rev. Derecho Notarial, Madrid; ene -- ro-marzo 1.966; págs. 229 y ss.) y LUCAS FERNANDEZ - ("La contratación en España por extranjeros; Madrid, 1.970; págs. 275 y ss.), mientras que aceptan los cri -- terios de la D.G., entre otros, VALLET ("Las IE en el Derecho notarial español; en la obra "Las Inversio -- nes de capital extranjero en España", Madrid, 1.960, tomo II, pág. 601) y BENZO ("Inversiones de capital extranjero en empresas españolas", en Rev. Derecho -- notarial, Madrid, 1.962; nº 35; pág. 323.

- (58) BADIA LABAL ("El origen extranacional de los bienes aportados como factor determinante de la extranjería de la inversión directa" en Rev. Juríd. Catal., Bar -- celona, 1.971; enero-marzo, págs. 151 y ss.), pone -- de manifiesto como la propia terminología de los tex -- tos legales "refleja bien a las claras que el factor determinante de la extranjería en la inversión es el capital exportado y no la condición nacional del apor -- tante. Cuando el legislador ha querido establecer -- una diferenciación por extranjería en las personas -- lo ha expuesto claramente, como en el caso de adqui -- sición de fincas rústicas a que se refiere el D.L. de 22 de marzo de 1.962".

ampliación o creación de empresas españolas", términos que no dejaron de crear cierta confusión (59).

Decíamos que ésta connotación finalista era "parcialmente" complementaria, porque no puede predicarse para el caso de la adquisición de valores mobiliarios previamente circulantes, emitidos por sociedades españolas, o bien de títulos representativos de la Deuda del Estado, Corporaciones locales o Entidades de Derecho público.

Cualquier operación de inversión en la que no "concurrieran necesariamente" al menos las dos primeras condiciones, y en las IED las tres, implicaba quedar al margen de las normas especiales derogadas, considerándose ó como IE de carácter especial -- (vgr.: inversión en inmuebles (60) o en empresas espe-

(59) Las confusiones surgieron en un frente múltiple. Por una parte, el contenido mismo de los términos "modernización" y "empresa", vagos e imprecisos; por otro lado sobre la distinción entre Sociedades industriales y comerciales, pues hasta la publicación de las normas de 1.959 se estimaba -casi unánimemente- que la ley de Ordenación y Defensa de la Unidad Nacional de 24 de noviembre de 1.939 sólo afectaba a las empresas industriales, mientras que, a partir del D.L. de 27 de julio de 1.959, las normas especiales afectan a todo tipo de empresas, lo que suponía una evidente restricción para las Sociedades comerciales; igualmente respecto a la calificación de una empresa como española; o la inclusión, en el término empresa, de las que no tienen personalidad ni autonomía jurídica. Sobre éstos puntos nos remitimos a VERDERA ("Régimen jurídico de las IE en España", cit.; págs. 118 y ss.) y GARCES, ("Régimen jurídico de las IE en España", Madrid, 1.962, págs. 48 y ss.).

(60) Las IE en bienes inmuebles no se contemplaban en las normas dictadas en 1.959, cuyo fin fundamental radicaba en ser "instrumento para aumentar la eficacia de las empresas españolas" (Preámbulo D.L. 27-VII-1.959).

La inversión inmobiliaria estaba regulada por otras normas especiales, fundamentalmente por la ley de 23 de octubre de 1.935, el D. de 28 de febrero de 1.936, Decretos de 8 de junio de 1.956 y 21 de marzo de 1.958, ley 12 de mayo de 1.960 y D.L. de 22 de marzo de 1.962. Como estudio interesante de ésta normativa,

ciales (61), ó como operación de carácter ordinario -- (vgr.: contrato de cuentas en participación (62), establecimiento de sucursales (63), etc.)

nos remitimos a AGUILAR S., Las adquisiciones por extranjeros de bienes inmuebles en España, Barcelona, 1.973. En la actualidad, tanto la LIE como el RIE recogen esta forma de IE en sus articulados, dedicándoles el capítulo VI de cada texto legal (arts. 16 a 21 de la LIE y arts. 19 a 27 del RIE) continuando vigentes -a tenor del D. 19 de junio de 1.975- la ley de 23 de octubre de 1.935 (normas para la adquisición por extranjeros de fincas y terrenos en islas españolas), Orden Circular de 25 de enero de 1.936 (adquisiciones en Canarias y plazas de Norte de Africa), D. 28 de febrero de 1.936 (Reglamento de la ley de 1.936), D. 25 de abril de 1.936 (zona de Cartagena), D. 8 de junio de 1.956 (herencias de inmuebles en islas y zonas del litoral), D. 21 de marzo de 1.958 (compra de fincas en plaza soberanía del Norte de Africa), Ley de 12 de mayo de 1.960 (aspectos registrales), el art. 4º del D.L. de 24 de marzo de 1.962 (adquisición de fincas rústicas por extranjeros), el art. 17, 1, e) y f) de la Ley de 28 de diciembre de 1.963 (centros y zonas de interés turístico) y OM de 30 de marzo de 1.968 (informes del Ministerio de Información y Turismo para concesión de préstamos).

- (61) El supuesto de IE en empresas relacionadas con la defensa nacional, cinematografía, radiodifusión, prensa, editoriales, mineras, bancarias, seguros, etc.
- (62) Relacionado con éste supuesto, se preguntó la doctrina si cabía aplicar a las aportaciones de capital extranjero a las empresas individuales la normativa especial. Del contexto de las diferentes normas parecía deducirse una inaplicabilidad de las mismas al caso de referencia, ya que, principalmente, la ausencia de una cifra concreta y determinada de capital social, hacia inócuas las obligaciones referentes a porcentajes, declaraciones, etc. (URIA R., Las IE ante el Derecho civil, en la obra colectiva Las Inversiones de capital extranjero en España, Madrid, 1.960, Tomo II, págs. 567 y ss. En la actualidad tal supuesto se contempla en las normas especiales: arts. 15 de la LIE y 17 y 18 del RIE.
- (63) Ante la ausencia de una declaración específica en las normas derogadas, se planteó la duda de si, durante su vigencia, eran de aplicación al establecimiento de Sucursales de Sociedades extranjeras en nuestro país. Las tesis se dividieron: algunos autores entendieron que estaban fuera de su alcance porque "no se trataba de empresas españolas" por ser una prolongación de las empresas matrices y carecer, por tanto, de personalidad jurídica ostentando la nacionalidad de aquella (URIA R., Las IE ante el Derecho civil, -cit., pág. 580). Otros autores, aplicando criterios económicos estiman que podrían considerarse como em-

Por todo ello, se podía definir la IE - con arreglo a las normas derogadas, como: "toda transferencia de capital exterior y de reinversión de sus utilidades y rendimientos que reconozca por titular a un extranjero o a un español residente en el extranjero, y que sea destinada, en especial, a aumentar la eficacia de nuestro sistema económico mediante la utilización de los cauces jurídicos determinados por las leyes nacionales".

2.2.2. El concepto de la IE en los textos vigentes.

En éste punto concreto, creemos advertir en los textos vigentes una doble aspiración: por una parte, incorporar a su contenido una serie de principios generales que, con los matices lógicos, han sido adoptados por la generalidad de los Códigos o Estatutos de IE vigentes en otros países; por otro lado, - cubrir las lagunas que la legislación derogada puso al descubierto, incluyendo las diferentes soluciones aportadas en cada caso, debidamente generalizadas.

Por considerar que puede ayudarnos para la exposición del concepto de la IE en los textos de 1.974, adoptamos la misma sistemática que se ideó - para desarrollar la cuestión en el Derecho comparado: a) concepto legal de "inversión", y b) criterio español de "extranjería".

a) El concepto de "inversión" en la -- LIE y el RIE.

presas españolas, porque teniendo sus elementos integrantes situados dentro del área económica nacional, pueden estar organizados y utilizados para contribuir al desarrollo económico del país (VERDERA, Régimen - jurídico de las IE en España, cit.; pág. 123). En las disposiciones vigentes ya se acepta éste segundo criterio regulándose en el art. 13 de la LIE y arts. 13 a 16 del RIE.

El concepto de "inversión" creemos que se deduce claramente de los tres primeros artículos de ambos textos legales. El art. 1º de la LIE requiere -- que el hecho de la aportación, de la transferencia -- que es la médula de la noción, económicamente entendida -- se haya realizado ("a los efectos de la presente Ley -- se entenderá por inversiones las realizadas ...", apdo. 1). Su art. 2º establece la materia objeto de la aportación, el "capital" transferible (aportación dineraria, equipo capital, bienes intangibles, otras modalidades). El art. 3º nos muestra el cauce para la realización de la inversión (participaciones en sociedades, contratos de cuentas en participación, ejercicio de actividad empresarial, sucursales, adquisición de inmuebles).

De la interpretación armónica de los preceptos reseñados cabe deducir que el concepto de inversión requiere: 1º) que se trata de una inversión -- real, efectiva, es decir, que haya transferencia de capital (la simple promesa de aportar, aún consignada en documento fehaciente, no puede nunca constituir inversión ni ser tomada en consideración a efectos de ésta normativa específica); 2º) que se trate no solo de una transferencia, sino que exista una "aplicación concreta del capital" transferido (64). La LIE se refiere -- claramente a inversiones "realizadas", locución que -- apunta a una mayor precisión conceptual que en las normas derogadas (donde se aludía a la posibilidad de -- transferir para invertir, D.L. 27 de julio de 1.959, -- art. 1º), porque con la terminología utilizada intenta

(64) Admitiendo ésta idea se consideran también inversiones las adquisiciones a título lucrativo (herencia, donación), porque la realización se efectuó, en su momento, por el causante o el donante (Vid. Disp. -- Adicional IV, LIE).

matizar que la simple transferencia de fondos a nuestro país no implica, por ese solo hecho, el nacimiento de una operación de IE sujeta a las disposiciones especiales. En ésta idea, entendemos que una operación de transferencia de disponibilidades monetarias, sin que exista afectación real y específica al sistema productivo del país mediante alguna de las modalidades a que se refiere el art. 3º, estará sujeta a las normas que regulan el control de cambios, pero no a las que disciplinan la IE en España (65). El cambio operado podría responder a la distinta finalidad perseguida, inicialmente, por las normas derogadas y las vigentes, de cara a los movimientos internacionales de capital, porque en las primeras se subrayó el aspecto fundamentalmente monetario (preocupándose principalmente de generar un flujo de disponibilidades monetarias extranjeras que favoreciese los ingresos de la balanza de pagos), mientras que en las normas actuales, sin olvidar ésta faceta, se incentiva el aspecto económico -es decir, la inversión propiamente dicha- de las operaciones con el exterior; 3º) que el capital transferido sea de la cualidad legal preestablecida, y 4º) que la "realización", la materialización, discorra por los cauces jurídicos específicamente determinados en la ley.

Como resumen de lo señalado podríamos establecer que por inversión se entiende toda operación de afectación de capital, específicamente determinado,

(65) La simple tenencia de fondos a disposición del titular -inversionista extranjero- de una cuenta corriente bancaria, aún cuando pudieran producir interés, no puede estimarse IE, sino una operación sometida a las normas monetarias específicas. Una cuestión similar se suscita en el ordenamiento italiano y es examinada cuidadosamente por MICALIZZI (I finanziamenti degli investimenti esteri in Italia, cit.; págs. 15 y ss.) para llegar a la conclusión de que la noción exige una "inversión efectiva" (productiva o financiera) cuya prueba radica en el "adeudo de las cuentas de capital" de los inversionistas extranjeros.

al sistema económico del país, mediante la utilización de los cauces jurídicos que la ley considera idóneos para -- tal finalidad.

b) Criterio español de la "extranjería".

A diferencia de los distintos criterios que, para calificar como extranjera a una inversión, utilizaban los textos derogados, el legislador de 1.974 se decide por establecer uno solo, personalista, para tal de limitación conceptual, y para ello adopta los dos que, al tratar del Derecho comparado, denominábamos de la "titularidad" y del "control".

Dice el art. 1º de la LIE que "a los -- efectos de ésta ley se entenderán por IE, las realizadas en España por personas extranjeras privadas, físicas o jurídicas, cualquiera que sea su residencia, y por los españoles residentes en el extranjero" (apdo. 1), así como -- "las que realicen las sociedades españolas que tengan participación extranjera en su capital, mediante la constitución de otras sociedades españolas o mediante la adquisición de acciones o participaciones de las mismas" (apdo. 3).

Si prescindimos de lo superfluo que resulta la exigencia de que las inversiones se realicen "en España" (66), queda claro que la nacionalidad y la residencia constituyen, juntamente con la noción de "control",

(66) Porque si los extranjeros o los españoles no residentes, realizan fuera de España una inversión en valores españoles -por ejemplo, la compra de unas obligaciones emitidas por una empresa española en el mercado de euroemisiones o la adquisición en el extranjero de valores que representen una IED en nuestro país- la inversión, a nuestro entender, también ha de considerarse como efectuada en España a los efectos legales internos (control de cambios, registro, transferibilidad, etc.).

los criterios básicos de calificación.

El art. 1º de la LIE despeja, evidentemente, uno de los puntos que, con anterioridad, eran objeto de análisis: el carácter de la aportación como criterio diferenciador. Ahora es indiferente el origen de los fondos para calificar una inversión como extranjera o no, porque las propias normas contenidas en el RIE claramente así lo especifican, al admitir que las IE puedan realizarse incluso mediante la utilización o aportación de capitales interiores (art. 2º, 2) o por cualquier -- otro medio de pago, previa autorización administrativa -- (art. 2º, 1.d).

El aspecto "finalista" que ha desaparecido de los nuevos textos legales, reaparece -aunque no afecte a los fines conceptuales que ahora tratamos- en el R.D. nº 3099/76, de 26 de noviembre, en el que se concede una autorización general para las IE que, con ciertas condiciones, prevean la creación de puestos de trabajo o el mantenimiento de un saldo anual de divisas positivo (art. 1º, 2, a y b) (67).

Por tanto, el criterio de extranjería se resuelve:

1º) Por aplicación de las nociones de "nacionalidad" y de "residencia".

Aunque éstos términos se examinarán -- con más detenimiento en el Capítulo tercero -elementos - personales de la operación de IE- hemos de precisar que

(67) Un comentario a esta disposición, con conclusiones desfavorables, puede verse en la monografía de LUCAS F., Una nueva ordenanza sobre IE en España (Comentario al R.D. 3099 de 26 de noviembre de 1.976), Madrid, 1.977.

el concepto de nacionalidad solo es esencialmente aplicable al supuesto de IE de carácter privado (68), puesto -- que las IE públicas se efectúan, en principio, con independencia funcional de éste criterio, ya que se deben -- adaptar o a disposiciones específicas (caso de la CFI; - Disp. adicional 1ª LIE: "la Corporación Financiera Internacional podrá realizar inversiones en España de conformidad con lo dispuesto en el D.L. nº 2/1.962, de 25 de -- enero") o a autorizaciones especiales, en las que, presu-- miblemente, se consignará la normativa -convencional, de ordinario- a que se sujetará la actividad del inversio-- nista extranjero (LIE, Disp. Adicional 3ª: "los Gobier-- nos y todas aquellas entidades de soberanía extranjera -- necesitarán autorización especial para poder realizar in-- versiones de capital extranjero en España"), salvo que, por omisión, deban aplicarse las disposiciones de la LIE y del RIE, como derecho complementario o supletorio.

El concepto legal de la "residencia" es una noción de carácter esencialmente administrativa, en la que ahora no nos detendremos. El tema, relacionado -- con la IE, presenta algunos puntos dudosos que serán estudiados en el Capítulo tercero.

Con arreglo a éste criterio, y prescin-- diendo de algunos pormenores que aquí no son de interés, hay que convenir que serán IE las que reconozcan como ti-- tulares: 1º) a un extranjero, persona física, cualquiera

(68) Las disposiciones de 1.974 se refieren al régimen aplicable a la IE privada. Por ésta razón estimamos inadecuada la crítica al texto legal que formula GARCÉS V., Régimen Jurídico de las IE en España, Barcelona, 1.975; pág. 13. Refuerza nuestra tesis la Disp. Adicional 2ª de la LIE a tenor de la cual "las autorizaciones para invertir en España, a favor de personas jurídicas privadas extranjeras, ca-- ducarán en caso de que la persona jurídica autori-- zada sea objeto de nacionalización en su país" con la salvedad que establece la Disposición siguiente, que se encuentra en el texto.

que sea se residencia; 2º) a un español, siempre que tenga su residencia fuera de España; 3º) una persona jurídica extranjera -concepto cuyos límites se examinan ampliamente en el Capítulo III, sección I-; 4º) a la Corporación Financiera Internacional, y 5º) a Gobiernos extranjeros y Entidades oficiales de soberanía extranjera (Disps.Adcs. primera y tercera).

2º) Por aplicación del criterio del "control".

El legislador de 1.974, saliendo al paso de una práctica frecuente a que dió lugar la normativa -derogada (la de las inversiones indirectas, en cascada o de segundo grado), incluye en la LIE un precepto desconocido hasta el momento y que implica la admisión del criterio del control en nuestra regulación legal de las IE (69). En efecto, el art. 1º, en su apartado 3, ya transcrita, acepta como IE la que, reconociendo como titular a una sociedad española, ésta tenga determinados porcentajes de participación extranjera en su capital, que de alguna, hagan presumir que existe un control -total o --parcial- por parte del capital extranjero.

Ahora bien, así como en el Derecho comparado encontramos la noción de control ligada a la participación en el capital social o a través de "cualquier -otro título" (70) diferente, en nuestro país la idea del control está limitada en dos aspectos: 1º) en el "título" del control: solo se admite unida a existencia de participación en el capital -adquirida en el acto de la cons-

(69) Porque en otros campos ya se había usado de ésta noción (vgr.: D.L. 30 de abril de 1.924).

(70) Ley mejicana, art. 2º, IV.

titución de la nueva sociedad o por adquisición posterior de sus acciones-, y 2º) en los porcentajes legales aplicables (art. 7º RIE), a los que nos referiremos en el Capítulo tercero.

Por lo indicado, a la enumeración con que concluíamos el apartado anterior, se debe añadir un cuarto término: serán también consideradas como IE las que --reconozcan como su titular a una sociedad española, siempre que ésta, a su vez, se halle bajo control del capital extranjero.

El art. 7º del RIE (apartado 3.1.) contiene una norma referida a la idea del control "cualitativo" (cuando los socios extranjeros tengan una situación de dominio o prevalencia en la empresa, derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar a la Administración -- la existencia de una influencia decisiva de los socios extranjeros en la gestión de la sociedad), pero siempre conectada al requisito de la participación en el capital social (control cuantitativo). Nos ocupamos de ésta cuestión concreta en el capítulo tercero.

Sección II.- MODALIDADES JURIDICAS DE LAS OPERACIONES DE INVERSION EXTRANJERA.

En todos los estudios sobre la temática de las IE, encontramos como punto de arranque, la diferenciación de las distintas modalidades jurídicas que puede revestir el fenómeno económico analizado.

Tal general actitud está más que justificada si observamos como, examinando los diferentes ordenamientos legales, el trato reservado a las operaciones de

IE no es uniforme para todas sus modalidades, sino que, de ordinario, depende de su carácter la dispensa de un -trato concreto y singularizado. Se supedita el disfrute de una determinada situación a la forma, al ropaje jurídico, a través del cual el capital foráneo accede al --circuito económico del país receptor.

Por ello tiene gran importancia el que --analicemos ésta cuestión con un cierto detenimiento.

1. CLASIFICACION ECONOMICO-FINANCIERA DE LAS OPERACIONES DE INVERSION EXTRANJERA.

A) Por su finalidad, se distingue entre -- las IE "lucrativas" -el caso más normal-, es decir, aquellas que se realizan con la finalidad primaria de obtención de resultados pecuniariamente apreciables, y las - IE llamadas "políticas", que atienden principalmente a criterios de tal carácter, o sea, a la consecución de - objetivos prevalentemente no económicos, y que suelen - desembocar, para muchos autores, en las denominadas situaciones de "colonialismo económico" o "neocolonialismo".

B) Por el origen de la fuente-capital que se transfiere, se habla de IE "autónomas" e IE "inducidas", citando la doctrina entre las primeras los movimientos especulativos de capital, las operaciones típicas de inversión a través de la constitución de sociedades, la adquisición de valores mobiliarios de renta variable, - etc. y, entre las segundas, son clásicas las operaciones de crédito, formalizadas como consecuencia de intercambios comerciales internacionales.

C) Por su duración, las IE se dividen en tres grupos: corto, medio y largo plazo, identificándo-

se generalmente las primeras con los movimientos de capital especulativos, las segundas con las operaciones típicas de préstamo y las últimas con las IE de tipo industrial o inmobiliario (71). Esta clasificación será objeto de un análisis más pormenorizado en el Capítulo II, - al tratar los aspectos económicos de la IE.

D) Por la naturaleza del inversionista se clasifican las IE en "privadas" y "públicas". Las privadas reconocen como titular de la inversión a personas físicas o jurídicas de naturaleza privada, mientras que las segundas hacen tal referencia a Estados, Gobiernos, Organismos e Instituciones de carácter público nacional o internacional (72).

Con relación a las IE públicas, cabe señalar que, en general, las diferentes disposiciones especiales dictadas en la materia prohíben su aplicación a las mismas (73). A éste respecto se plantea una cuestión

-
- (71) Según BERTIN (L'investissement international, cit.; pág. 10) se considera inversión a corto plazo cuando su duración es inferior a un año; a plazo medio entre uno y cinco años y a largo plazo cuando sobrepasan éste último periodo. En el mismo sentido IVERSEN C., Some aspects of the theory of international Capital Movements, Copenague, 1.935. El Código de liberación de los movimientos de capital de la OCDE (Anexo A, Lista A, I, A, 3) clasifica como préstamos a largo plazo los de cinco o más años. El F.M.I. sitúa el plazo para los movimientos de capital a corto plazo hasta un año (Manual de la Balanza Pagos, párrafo 350).
- (72) BERTIN (L'investissement international, cit.; pág. 9) distingue, en éste grupo, una tercera categoría: la IE "mixta", cuando en una misma IE coexisten inversionistas públicos y privados. En todas estas categorías se puede distinguir, a su vez, entre las "bilaterales" y las "multilaterales" (vgr.: las inversiones efectuadas por el Banco Mundial).
- (73) En el D. nº 24 de 18 de enero de 1.961 (Ley de Fomento Industrial de El Salvador) se estipula como condición necesaria para poder gozar de los beneficios, - que ninguna acción o participación podrá ser adquirida o poseída por Gobiernos de otros países, ni por instituciones o entidades que dependan de los mismos

de interés con relación al tema de las empresas que, -- siendo de propiedad estatal o controladas por el Gobierno, efectúan inversiones en el extranjero, supuestos -- que en la actualidad no son, ni mucho menos, infrecuentes. La solución --como indica HANDERSON (74)-- podría -- muy bien depender de la interpretación que se dé a los términos legales y de la medida en que el país en desarrollo interesado, crea que esas compañías, que pertenecen total o parcialmente al Estado o están controladas por él, representan los intereses de sus propios Gobiernos (75).

E) Por el grado de control que el inversionista ejerce sobre la utilización de sus fondos, se separan las IE "esencialmente financieras" de las IE "fundamentalmente patrimoniales". En las primeras, el titular se desentiende prácticamente de la vigilancia de su inversión porque solo le interesa un resultado --

(Preámbulo, párrafo II y art. 16 a). En el Irán los Reglamentos dictados para aplicación de la Ley de 29 de noviembre de 1.955 prescriben que el goce de los privilegios concedidos por la legislación depende de que el capital sea de propiedad privada y si en el curso de una operación un Gobierno extranjero adquiere, de alguna forma, una parte en el capital transferido, el capital en cuestión debe ser repatriado dentro del plazo prescrito por la Junta de Inversiones (art. 1, c). En Afganistan (Ley de 22-II-1.967) se prescribe que ningún Gobierno extranjero, ni organismo gubernamental alguno, pueden adquirir acciones de empresas nacionales, salvo acuerdo intergubernamental (art. 12).

Este mismo criterio sigue el Tratado de la CEE, cuyo art. 67 se refiere exclusivamente a los movimientos de capital privados (LOUIS, VIGNES y WAELBROECK, Le droit de la Communauté Economique Européenne, Vol. - III; Bruselas, 1.971; pág. 176).

(74) La legislación sobre IE y la agricultura, cit.; pág. 25.

(75) En parecidos términos se suscitó en el seno del MEC la cuestión acerca de las Sociedades comunitarias -- controladas por capital extracomunitario (vid. LOUIS, VIGNES y WAELBROECK, Le droit de la Communauté économique européenne; cit.; págs. 216 y ss.; Cuestión escrita nº 171 de 8 de febrero de 1.963 -J.O.C.E., 26 de marzo de 1.963; Cuestión escrita nº 19 de 10-V-1.965 - J.O.C.E. 13 de julio de 1.965).

que, por otra parte, tiene, de ordinario, asegurado de an temano (76), mientras que en las patrimoniales el titular persigue, igualmente, la obtención de resultados, pero és tos están condicionados a un control más o menos directo de las actividades desarrolladas en base a la titularidad de sus aportaciones.

Esta clasificación puede identificarse - con la que, fundada en los criterios de contabilización - fijados por el Código de liberación de los movimientos de capital de la OCDE, establece GARCIA PALENCIA entre IE de "carácter crediticio" e IE de "contenido patrimonial" (77).

F) Algunos autores han individualizado - dos modalidades de IE que han denominado "demand-oriented" y "supply-oriented" (78), expresiones que vienen a traducirse, respectivamente, como IE efectuadas para producir bienes destinados preferentemente al mercado del país receptor y las IE que, fundamentalmente, producen bienes -- primarios o no- cuyo destino prevalente no es el mercado

(76) En la Primera Directiva para la ejecución del art. - 67 del Tratado de la CEE, dada en Luxemburgo, el 11 de mayo de 1.960, se denominan "inversiones puramente financieras" a las que se efectúan solamente para asegurar al inversionista un acceso indirecto al mer cado monetario o financiero del país receptor (Anexo I, lista A, nº I).

(77) GARCIA PALENCIA R., Las Inversiones de capital extranjero en España, en Rev. Inf. Comercial Española, nº 1262; Madrid, septiembre 1.972; págs. 1719 y ss. Entre las IE de contenido patrimonial incluye la IED, IEC., admisión de acciones en los mercados de capital extranjeros, emisión de acciones en mercados extranjeros, operaciones inmobiliarias, y uso de fondos -- bloqueados. Considera IE de carácter crediticio los créditos pagados por transacciones comerciales inter nacionales, los créditos satisfechos a prestaciones de servicios en el plano internacional, la emisión - de obligaciones en mercados extranjeros, los présta -- mos financieros y las prestaciones derivadas de contratos de seguros de vida.

(78) BANDERA V.N. y WHITE J.T., "U.S. direct investment - and domestic markets in Europe", en Rev. Economía Int ernacional, Milán, febrero 1.960; pág. 321.

del país receptor, sino el de terceros. También se podrían denominar, a las primeras, IE inmediatas o de consumo (serían las IE cuyo objetivo primordial radica en la sustitución de importaciones), y a las segundas, IE -mediatas o de producción (principalmente dirigida a los sectores económicos primarios: minero, agrícola, petrolífero, etc.).

G) Por la modalidad del cauce elegido para su realización, BERTIN (79) identifica las IE "de mercado", o sea, las que se efectúan utilizando el mercado financiero (préstamos, inversiones de cartera), e IE "fuera de mercado" -"hors marché"-, es decir, las -- que no pasan a través de este mecanismo (inversiones directas no realizadas en la Bolsa; la inversión pública).

H) Una categoría de reciente aparición, pero ya de gran importancia, la constituyen las llamadas IE "técnicas", cuya característica principal radica en que, en vez de existir aportación financiera propiamente dicha, se transfiere como "capital" un derecho -- incorporado o se contrae la obligación específica de ejecutar un cierto trabajo técnico (80). Son las que señala BEGUIN (81) bajo la denominación de "acuerdos de desarrollo económico y cooperación" y que pueden revestir numerosas modalidades tales como el "engineering" (82), el "know-how", la fórmula "llave en mano", el "monoto--

(79) L'investissement international, cit.; pág. 11.

(80) Sobre su tratamiento en España, vid. INSTITUTO DE ESTUDIOS BANCARIOS Y BURSATILES, Seminario sobre adquisición de tecnología extranjera; Bilbao, 1.975.

(81) Les entreprises conjointes internationales dans les - pays en voie de developpement (Le régime des participations); Ginebra, 1.972; pág. 231.

(82) Vid. Universidad de Lieja, Comisión del Derecho y vida de los negocios: Contrats d'engineering; Lieja, -- 1.964.

ring" y la "joint venture" en sentido estricto (83).

I) En razón al destino de las inversiones, en las IE de naturaleza privada se ha distinguido entre - las de carácter comercial -que tiene por objeto la búsqueda del beneficio por la creación de sectores multiplicados de las exportaciones-, y las IE de tipo industrial, - que tratan de obtenerlo mediante el incremento del aparato productivo de las empresas (84).

J) Por la prioridad que, a juicio de las - previsiones económicas de desarrollo del país receptor, - deban tener unas inversiones sobre otras, se ha distinguido -con traducción legal (85)- entre las IE "necesarias" y las IE "convenientes".

K) Dentro de la noción general de IE podemos distinguir entre IE "onerosas" -que requieren siempre una contrapartida del país receptor (pago de dividendos, intereses, royalties, etc.)- e IE "gratuitas", o sin contrapartida, porque la "inversión" se efectúa con tal carácter, sin que surjan para el receptor obligaciones pecuniarias de clase alguna, ni en lo referente a la devolución del capital, ni al pago de ninguna otra clase de utilidad por su uso y disposición.

Esta última modalidad de IE, ha aparecido después de la última guerra mundial; y ha de ser considerada como una operación de inversión desde el punto de --

(83) Sobre su concepto y características vid. BEGUIN, Les entreprises conjointes, cit.; págs. 57 y ss.; CAMPO--LONGO A. y GRUISOLI A., Le imprese plurinazionali a vocazione europea; Padua, 1.972; págs. 99 y ss. (contiene una interesante reseña bibliográfica en págs. - 109-119).

(84) CARREAU, JUILLARD y FLORY, Droit international économique, cit.; pág. 365.

(85) Paraguay (Ley 216/70, arts. 2, 3, 4, 10, 11 y 12).

vista del país receptor, porque las características de tales transferencias de capital son idénticas -en su recepción y uso- a las de las IE onerosas.

Merece la pena que, brevemente, realicemos algunas consideraciones sobre éstas IE "gratuitas".

Se trata de "donaciones" que, procedentes de las más diversas fuentes, recibe un determinado país, sin que, por su propia naturaleza, deba retribuir las de cualquier forma. Es decir, no implican ningún movimiento de capital en sentido contrario, por lo que vienen a constituir un elemento esencial en la política de "ayuda" a los países subdesarrollados (86).

PERROUX (87) ha distinguido entre las -- "pseudonaciones" y las "donaciones puras y simples" a las que identifica respectivamente como "donaciones para ganar" y "donaciones para dar". Las primeras constituirán la forma "sublime" de las IE de naturaleza política (se otorgan por filantropía, por solidaridad humana, pero pensando en el logro de ciertos beneficios para los intere--

(86) Por ello VARELA las denomina "transferencias unilaterales" (Los movimientos de capital, cit.; pág. 453). MOREAU-NERET (Valeurs étrangères; Paris, 1.956; págs. 331-332) explica el fundamento de éstas nuevas formas de transferencia de capital en la necesidad de coadyuvar a la reconstrucción de las naciones devastadas -- por la guerra, constituyendo la primera manifestación de ésta idea la ley americana de 11 de marzo de 1.941, de préstamo-arrendamiento. La U.N.R.A. (Organización de las N.U. para la Reconstrucción), surgida el 9 de septiembre de 1.943, es el organismo encargado de éste tipo de ayudas, que se debería surtir de los fondos que constituyesen la contribución de cada país, fijada, en principio, en el 1% de su renta nacional.

(87) "Le don: sa signification économique dans le capitalisme contemporain", en Rev. Diógene, 1.954, nº 6. No deja de ser curioso -como apunta PASSET (Politiques de développement, Paris, 1.9 ; pág. 421)- que la ayuda internacional, negación del cambio oneroso, haya surgido paradójicamente en el campo de la economía capitalista.

ses del donante: políticos, culturales, etc.) (88). Las segundas ("donaciones de dar") estarían guiadas por el desinterés más absoluto ("ceder sin deseo de recibir na da").

Como ha puesto de relieve PASSET (89) la ayuda gratuita a los países subdesarrollados se fundamenta en un triple orden de consideraciones: a) consideraciones de justicia: con ésta ayuda, los países industrializados no hacen otra cosa que restituir al mundo subdesarrollado una parte de los beneficios que ellos lograron en el cambio internacional, gracias a la degradación permanente del precio de las materias primas; b) consideraciones humanitarias: las 2/3 partes de la humanidad viven en condiciones miserables, como animales a veces, y los países favorecidos no pueden dejar que se perpetue tal situación, y c) consideraciones egoistas: la agravación de las desigualdades entre rentas nacionales, junto a la disparidad de las tasas de crecimiento demográfico, entre países ricos y pobres, solo podrá -- acabar, finalmente, con una inmensa catástrofe donde -- las naciones privilegiadas serán, fatalmente, las víctimas (90).

Las "donaciones" pueden ser ordenadas en

(88) El Plan Marshall constituye el ejemplo más típico de ésta modalidad de ayuda (vid. BARRE, Economía política, cit.; tomo II, págs. 554-556).

(89) Politiques de developpement, cit.; pág. 422.

(90) Por ello apunta WIGHTMANN (L'interet du developpement du Tiers Monde pour l'economie des pays industriels; ONU, N. York, 1.972; pág. 40) que han sido más las -- consideraciones de estrategia política que los criterios de orden económico los que han determinado la -- distribución de la ayuda. Sobre ésta misma idea, vid. VELA C., Hacia el desarrollo de los pueblos, Madrid, 1.975 (págs. 84 y ss., donde expone algunas consideraciones a la luz de la doctrina social de la Iglesia), y ZEYLSTRA W.G., Aid or Developpment; Leyden, 1.975; págs. 15 y ss.).

varias categorías:

a) Donaciones privadas, así las transferencias conocidas como "remesas de emigrantes" y los "donativos", como los efectuados, por ejemplo, al Estado de Israel por el Fondo Nacional Judío (91).

b) Donaciones públicas, efectuadas por los Gobiernos de ciertos países. Dentro de ésta modalidad cabe establecer algunas otras clasificaciones, bien porque la entrega proceda de uno o de varios Gobiernos conjuntamente (92), bien porque la donación en sí se -- formalice con fórmula diferente a la clásica, como en -- el caso de la ley americana de 11 de marzo de 1.941 o -- las "commandes off shore" y las "ayudas a la productivi-
dad" y "apoyos de la defensa" en el cuadro del Programa de Seguridad Mutua (93).

(91) Como ha puesto de relieve SCHLOGEL (Les relations -
economiques et financieres, cit.; pág. 53), se pue-
de estimar que los donativos colectivos e individua-
les, procedentes de USA y Europa, que ha recibido --
el Estado de Israel han sido muy importantes. A tí-
tulo indicativo, el conjunto de las donaciones trans-
mitidas por intermedio de las instituciones judías,
entre 1.955 y 1.964, ascendió a 712 millones de dó-
lares. Son interesantes los datos que sobre éste --
punto consigna BARRE (El desarrollo económico; Méji-
co, 5ª ed., 1.973; págs. 112-114) acerca de las im-
portaciones de capital no compensadas, como factor --
esencial del desarrollo económico de Israel.

(92) MOREAU-NERET O., Valeurs etrangeres, cit., se refie-
re a préstamos de ésta modalidad, como los otorga-
dos a Yugoslavia por Francia, USA e Inglaterra; los
que surgieron como consecuencia del Plan Colombo; o
los otorgados por varios miembros de la ONU a los --
países subdesarrollados (pág. 337).

(93) Vid. MOREAU-NERET, Valeurs etrangeres, cit.; págs.
332 y ss.

Las diferentes modalidades de IE que acabamos de citar, bajo el prisma económico-financiero, se reconocen con mayor o menor nitidez en los diferentes ordenamientos jurídicos de los distintos países.

Si analizamos su contenido con cierto cuidado, se observa que, aún reconocidas las categorías señaladas; la falta de precisión, y sobre todo de unanimidad, terminológica es evidente, por lo que la labor de acoplamiento entre los distintos ordenamientos legales no es, precisamente, fácil. Creemos que se impone, de nuevo, una interpretación marcadamente económica de cada texto legal para que, descubriendo su sentido último, se pueda alcanzar la deseada asimilación entre las modalidades que se reconocen, en cada caso, de la IE.

Las clasificaciones que se pueden hacer, - desde el punto de vista del Derecho comparado, son numerosas pero fácilmente reconducibles a las tres que exponemos a continuación. La primera, en razón al régimen legal aplicable; la segunda, sobre la base de sus características desde el punto de vista esencialmente económico; la tercera a la necesidad o no de su previa autorización.

Las consecuencias que se derivan de la adscripción de una operación de IE a unas u otras modalidades, son importantes y plantean, en algunos casos, como tendremos ocasión de exponer, difíciles problemas de calificación.

RAZON DEL REGIMEN JURIDICO APLICABLE.

De ordinario casi todos los países, más acusadamente los receptores de capital que los exportadores, han promulgado, como hemos señalado con anterioridad, una normativa específica para disciplinar el acceso y la actividad del capital extranjero en el interior de sus fronteras. Pero la regulación presenta, según los casos, matices y variedades dignas de mención, las cuales nos prestan el criterio bajo el que las operaciones de IE pueden ser clasificadas en dos grandes grupos: IE de régimen común u ordinario, e IE de régimen especial, privilegiado o no.

A) IE de régimen común, ordinario o general.

Se incluyen en este grupo todas las operaciones que se benefician del régimen normal o general que se otorga a la IE en el país considerado. A veces este régimen normal no es otro que el que prescriben las leyes ordinarias para las operaciones de inversión realizadas por los nacionales, con las salvedades que pueda imponer la normativa cambiaria. Así, pues, cabría distinguir entre:

- IE acogidas a la normativa común del país receptor del capital.
- IE reguladas por las normas específicas dictadas para regular la actividad del capital exterior, sin especialidad alguna basada en consideraciones económicas, sociales, políticas o de cualquiera otra índole.

Pertenecen a ésta categoría las IE que se benefician, o perjudican, por su sujeción a un régimen legal especial, excepcional o no, y que se considera como tal por comparación al régimen ordinario aplicable a otras clases de operaciones de IE, o a las consideradas como "normales".

En ésta modalidad se pueden distinguir dos variedades:

- IE de régimen especial por razón de la naturaleza de la actividad; tal es el caso de las inversiones en ciertos sectores muy cualificados (vgr.: materias primas) o por su contenido -- (vgr.: las inversiones tecnológicas).
- IE de régimen especial por razón de las mismas condiciones jurídicas que regularán el ingreso del capital y la actividad del inversionista -- en el país que les acoge. Incluimos en éste -- apartado las llamadas "IE paccionadas" porque su realización se verifica previo un acuerdo, pacto o convención entre el Gobierno del país receptor y el inversionista extranjero, bien -- sea éste una Entidad de Derecho público o de -- Derecho privado (régimen individualizado).

C) El régimen jurídico de las "IE paccio
nadas" (94).

Las IE "paccionadas", basadas de ordinario en consideraciones de política económica y social --

(94) Vid. Estatuto de la IE chileno y el Código de inversiones del Senegal, como dos ejemplos legales típicos del tema que vamos a examinar.

del Estado receptor, están alcanzando en la actualidad, y sobre todo en los países subdesarrollados productores de materias primas, una primacía absoluta, por considerar que cada caso de inversión merece un tratamiento específico que solo convencionalmente puede lograrse de forma satisfactoria (95).

Precisamente, en una variedad -la -- principal- de ésta modalidad pactada se plantea un tema especialmente vinculado con el carácter de la disciplina jurídica en la que se incluye la temática de la IE. Nos referimos a la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del "convenio" alcanzado entre el Estado receptor del capital y el inversionista aportante del mismo, cuando éste es de naturaleza privada.

Hay que tener presente que, en éstas convenciones, que se concluyen entre el Estado y el inversionista privado (96), se requiere en muchos países que la aprobación se efectúe mediante Decreto, Orden Ministerial o Resolución, publicadas oficialmente (97).

Merece la pena que nos detengamos a examinar, aunque sea someramente, ésta interesantísima cuestión.

(95) Se trata de un verdadero instrumento jurídico al servicio del desarrollo (NIAE, Le régime juridique et fiscal, cit.; pág. 56).

(96) En Ghana se firma entre el Ministerio de Hacienda y el solicitante (art. 2º, 3); en Indonesia entre el Ministerio competente y el inversionista (art. 4º).

(97) En Togo se dicta un Decreto de aprobación (art. 8º) e igual en Senegal (art. 6º); en Indonesia, una Resolución ministerial por virtud de la cual se concede el "derecho de empresariado" (art. 4º); en Gabón, un tipo de inversiones, por Decreto del Consejo de Ministros (arts. 18-19).

Los pactos de inversión presentan, en general, las siguientes particularidades: 1ª) por razón de los sujetos: se relacionan sujetos de Derecho público -- con sujetos de Derecho privado (98); 2ª) por razón de la materia: las convenciones contienen disposiciones muy diversas de orden fiscal, patrimonial, económico, financiero, social y hasta político (99); 3ª) en base a su aplicación, incluyen normas de orden interno e internacional

- (98) En la práctica los inversionistas son siempre grandes sociedades multinacionales, por lo que la clasificación como sujetos exclusivamente de Derecho privado debe ser matizada convenientemente sobre todo a partir de la Convención del B.I.R.D. de 18 de marzo de 1.965 (vid. art. 25) (vid. DIEZ DE VELASCO, - Instituciones de Derecho internacional, cit.; Cap. XVIII y concretamente las observaciones de pág. 250, así como las observaciones generales en Curso de Derecho, cit.; pág. 51 y ss., y también SACERDOTI, I contratti fra stati, cit.; págs. 83 y ss.).
- (99) De ordinario un acuerdo de inversión o de establecimiento del capital extranjero, contiene las siguientes prescripciones:
- A) Obligaciones del inversionista: a) referentes a la inversión propiamente dicha (objeto, plazo, - importe); b) referentes a la mano de obra (creación de empleos, formación profesional); c) referentes a las relaciones con la Administración -- (control estadístico y administrativo, cláusulas relativas al funcionamiento de la empresa-gestión, personal dirigente, estructura societaria-); d) otras obligaciones: utilización de empresas nacionales, aspectos comerciales, etc.
 - B) Derechos otorgados al inversionista: a) ventajas fiscales, de derecho común (en cada uno de los - impuestos nacionales) y adicionales (reducciones fiscales por reinversión o "initial allowances", amortizaciones, estabilización de la legislación fiscal, etc.); b) ventajas aduaneras (vgr.: la - admisión temporal); c) ventajas económicas y financieras (vgr.: posibilidad de extender el acuerdo a terceras empresas, subvenciones, préstamos, ventajas comerciales, transferencia de dividendos, divisas extranjeras, etc.); d) cláusulas de garantía (no discriminación y no agravación; posibilidad de transmitir el acuerdo a otros inversionistas).
 - C) Temporalidad: es una regla común la fijación de un plazo de vigencia del contrato, que puede ser prorrogado tácitamente o por acuerdo expreso de las partes.

(100); 4ª) por razón de su conclusión: existe una verdadera formalización documental del convenio logrado entre las partes.

Cual sea la naturaleza jurídica de esta convención presenta serias dificultades dentro del marco clásico de la distinción de las ramas del Derecho; que éstos deban considerarse o no como contratos ya plantea la primera cuestión. La doctrina no se ha hecho todavía eco de ésta figura jurídica con la intensidad que el tema requiere (101), tal vez porque aún considera la empresa como "quimérica" (102). Pero el tema posee una importancia práctica de primera magnitud -como indica MAVRIAS (103)- en razón a que las conclusiones que se alcancen influirán decisivamente a nivel de "contencioso", señalando quien será el juez competente en cada caso, porque la naturaleza jurídica que se asigne a tales convenios prejuzga el Derecho que les debe ser aplicado. Naturalmente que el inversionista preferirá la aplicación del Derecho internacional, frente al Estado que, lógicamente, intentará hacer valer el Derecho interno. La conjunción de dos categorías normativas no

-
- (100) En el Derecho económico internacional el arbitraje internacional es un principio importante para resolver diferencias entre las partes del acuerdo. Tanto la fórmula del arbitraje "ad hoc" como la del "arbitraje institucional" se admiten en las convenciones o acuerdos de IE normalmente, junto con los recursos a los procedimientos del Derecho interno del país.
- (101) Es una obra interesante la de SACERDOTI G., I contratti tra stati e stranieri nel Diritto Internazionale, Milán, 1.972; y también se encuentran referencias en NIANE (Le régime juridique et fiscal, cit.), MAVRIAS (Le régime juridique, cit.), WEIL (Problemes relatifs aux contracts passés entre un Etat et un particulier, en Recueil des Cours, A.D.I., 1.969, Tomo III, págs. 103 y ss.); KOJANEC G., Convenzioni tra Stati e Enti privati stranieri, en Rev. La Comunità Internazionale, 1.959, págs. 570 y ss.
- (102) FATOUROS A., Protection of foreing investors; Columbia, 1.962; pág. 190.
- (103) Le régime juridique, cit.; págs. 186-187.

susceptibles de jerarquización constituye un obstáculo - más en la búsqueda de una solución doctrinal capaz de satisfacer unánimemente.

Creemos que para tratar de obtener una - respuesta satisfactoria -si es que realmente puede encontrarse- hay que partir de una consideración primordial - cual es, deshechando los criterios puramente formales, - la investigación del verdadero contenido y de la finalidad económica en que se inscriben estas convenciones jurídicas (104).

De ordinario, los pactos de inversión se sitúan dentro del cuadro general del plan económico del país receptor del capital, actuando como un elemento más de los que el Estado dispone para el desarrollo económico. Y en esa contextura, su propio contenido nos lleva a identificarlo, en principio, como un verdadero contrato (105).

(104) Escribe BERTRAND (Le rôle de la dialectique en droit positif privé; París, 1.951; pág. 151) que "cuando - una ciencia no puede explicar los nuevos fenómenos, es vano tratar de filosofar o de limitarse a describirlos: hay que partir de nuevas hipótesis y, para - constatarlas, aplicarles un método nuevo". FRIEDMANN (El Derecho en una sociedad en transformación; México, 1.966) plantea, con carácter general, toda una - nueva visión jurídico-sociológica, de este y otros - tipos de acuerdos similares.

(105) La "convención" no debe confundirse con los llamados "acuerdos de inversión", actos unilaterales de carácter administrativo, en virtud de los cuales, el Estado -una vez discutidos los términos en que va a realizar la inversión- "acuerda" que ésta se realice en las condiciones previamente aceptadas. Este criterio del "acuerdo de IE" rige, como una - alternativa, en los países que aceptan las "convenciones de IE" y en otros -como el caso del Pacto - Amdino (art. 2º)- tan sólo como régimen normal o - exclusivo. En la actualidad se reconocen como modalidades de éstos acuerdos los llamados "contratos de concesión" y "contratos de servicio" (Arabia -- Saudita).

Pero la mayor objeción que recibe éste enfoque doctrinal radica en que, así como en el contrato las partes se encuentran en pié de igualdad, no cabe admitir tal supuesto en una convención en la que -- los intereses contrapuestos están representados por un Estado soberano y un particular. Por ello se ha llegado a señalar que estas convenciones, más que verdaderos contratos, se asimilan a "concesiones administrativas" (106).

No obstante, la pretendida igualdad entre las partes de la convención, pese a su desigual carácter jurídico, ha querido ser explicada a través de los argumentos siguientes: a) la "igualdad horizontal" de las partes (desde el punto de vista material -sos-- tiene TENEKIDES (107)- el Estado y el inversionista es tán en el mismo plano porque, ambos, representan intereses de la misma naturaleza); b) la "igualdad hacia - la altura" implica la idea -sostenida por WEIL (108)- de que la situación de soberanía del Estado, débil económicamente, se contrapesa con la fortaleza económica de la parte privada de la convención (109); c) la --

(106) Vid. KAHN K., Problemes juridiques de l'investissement privé dans les pays de l'ancienne Afrique française, en Rev. Clunet; Paris, 1.965; pág. 338. En la idea de LAUBADERE (Droit public économique, cit.; pág. 434) serían asimilables a las "Convenciones" de colaboración" de contenido económico.

(107) Coloquio de La Haya, A.D.I., 1.968, Tomo especial; pág. 348.

(108) "Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français: le droit international des contracts" en Rev. du Conseil d'Etat, París, 1.970; pág. 15.

(109) Como señala MAURIAS (Le régime juridique, cit.; pág. 191), se oponen en ésta idea dos elementos difícilmente equiparables: por una parte, la fortaleza económica de la entidad de Derecho privado -elemento -cuantificable y, por tanto, variable- y por otra el principio de soberanía, que aparece como un poten--cial compensatorio ilimitado. De aquí, que se deduzcan dos consecuencias, una de hecho y otra de dere-

"igualdad hacia abajo", cuyo fundamento radica en la distinción, en las funciones del Estado, de dos vertientes, cuando actua revestido de "imperium" y cuando lo hace -- sin tan solemne apariencia en función "jure gestionis". En éste segundo caso, el Estado no actua esencialmente -- como ente soberano, sino que lo hace como un contratante situado en el plano de la cooperación económica internacional, es decir, fuera del terreno exclusivo de la soberanía nacional (110) y así trata de establecer relaciones de carácter contractual con los particulares llevados ambos de un interés común (111); d) la tesis de la -- "igualdad recíproca" ha sido defendida por MAVRIAS (112) en los términos que siguen: de la misma forma que se distingue entre soberanía legal y soberanía efectiva al nivel de las relaciones interestatales (113), se ha de tomar en consideración ésta idea para aplicarla a las convenciones de inversión entre un Estado y un particular -- extranjero. Toda entidad de Derecho privado pertenece a un Estado y sus intereses coinciden --como regla general--

cho: a) que no cabe pensar en que el inversionista pueda ejercer una coacción jurídica (por ejemplo, -- relativa a la ejecución de una sentencia arbitral -- desfavorable al Estado) sobre la parte Estatal; y -- b) que autoriza a aplicar a éstas convenciones el -- Derecho internacional de los contratos y acarrea la consecuencia de "deslocalizar" la convención sustra^{ya}yéndola al Derecho del lugar de su ejecución.

- (110) KOSHERI A.S., Le régime juridique du commerce avec les pays en voie de developpement, en Coloquio de -- La Haya, cit.; pág. 132.
- (111) Se critica a ésta posición el que suponga, por una parte, la renuncia por parte del Estado a su inmunidad de jurisdicción y, por otra, la "deslocalización" del contrato que se registrará por sus propias disposiciones, desconectado de su contexto nacional (MAVRIAS, Le régime juridique, cit.; págs. 193-194).
- (112) Le régime juridique, cit.; págs. 197 y ss.
- (113) Esta idea está expresada por SCHWARZENBERGER en su artículo "The principles and standard of international Economic Law", publicado en Recueil des Cours -- Academie Droit International, 1.966, vol. 117; págs. 5 a 98.

con los de su Estado nacional. Este hecho significa que, en un eventual conflicto que oponga el país receptor de la inversión y a su titular extranjero, el Estado no deba olvidar que se enfrenta no solo con la parte contraria, el otro contratante, sino con el Estado nacional al que ésta pertenece. La relación de fuerzas se establece, por una parte, sobre la soberanía del contratante estatal, y por otra, en la fortaleza económica del otro contratante privado sumada al peso político de su Estado nacional (114).

Tal vez llevado de las objeciones -- opuestas a las tesis señaladas, FATOUROS (115), aplicando el método analógico, establece una equiparación entre el contrato administrativo en su sentido más amplio y la -- convención de inversión, puesto que en ambas figuras jurídicas se conjuga la idea fundamental del "respeto al -- interés público", del cumplimiento del plan económico -- del Estado receptor del capital exterior (116). Si partimos de las ideas expresadas por LAUBADERE (117) sobre el llamado "contrato económico" o convenciones de administración económica, definidas como acuerdos, entre la Administración y los particulares, que tienen por objeto -- una prestación o un comportamiento en el sentido deseado

(114) Esta idea podría ser contradicha si pensamos en la posibilidad de las nacionalizaciones --derecho indiscutible sancionado por el orden jurídico internacional-- y en la desconexión que entre los intereses -- del inversionista extranjero y su Estado nacional se produce en el caso de las sociedades multinacionales.

(115) The administrative contract in Transnational Transactions: reflection on the uses of comparison -- (cit. por MAVRIAS, Le régime juridique, cit.; págs. 194-195).

(116) De ésta opinión es SCHPIRA, Le droit international des affaires, cit.; pág. 123.

(117) Droit public économique, cit.; págs. 433 y ss.

por el Estado para su política intervencionista, y observamos las características generales de tales convenciones (118), se podría concluir que estamos en presencia o de un "acto-condición" (actos que condicionan el funcionamiento o la aplicación de reglas preestablecidas), de una modalidad de los llamados "actos-programas" (119), o de un "cuasi-contrato". Sobre ésta idea, por otra parte contestada certeramente (120), la normativa administrati

- (118) Las características esenciales han sido identificadas por LAUBADERE (Droit public économique, cit.; págs. 436 y 437) de la forma siguiente: a) el objeto del contrato se refiere al intervencionismo, -- son instrumentos de la política económica decidida por el Estado; b) en lo que concierne a las partes, estos contratos son formalizados -- como los administrativos -- entre la Administración pública y los particulares (a diferencia de los países socialistas, donde se conciertan entre las empresas nacionales, y solo entre ellas), y c) la diversidad de su formulación.
- En los países socialistas los contratos económicos han sido sancionados legalmente aplicándoles, en algunos países, una normativa específica. Tal es el caso de Checoslovaquia con sus leyes de 1.950, 1.958 y el Código económico adoptado el 4 de junio de 1.964 (vid. FARJAT, Droit économique, cit.; págs. 321 y ss.).
- (119) GAUDEMET P.M., La planification économique et les transformations du droit public française", en Melanges Ganshof Van der Meersch, pág. 493 (cit. LAUBADERE, Droit public économique, cit.; pág. 439, - nota 1).
- (120) MAVRIAS (Le régime juridique, cit.; págs. 196 y -- 197) señala que, con ésta idea, la cuestión aparece en el plano jurídico -- citando a ROUBIER (Le rôle de la volonté dans la creation des droits et -- des devoirs; Archivos de Filosofía del Derecho: Le rôle de la volonté dans le droit, 1.957, págs. 1 y ss.) -- como un conflicto que enfrenta a los positivistas con los partidarios del idealismo jurídico, teóricos, que se fundamentan respectivamente sobre el respeto a la ley positiva y sobre el valor superior de los principios generales del Derecho. Tras trasladadas éstas ideas al campo de los convenios de inversión, ambas concepciones entran, igualmente, en conflicto, porque la tendencia de los primeros les lleva a considerar la convención como una relación jurídica autónoma, o todo lo más, no dependiente de ningún orden jurídico nacional, y por tanto, conserva intacto el estatuto financiero que beneficia a los inversionistas, frente a toda consideración relativa al interés público de la parte esta-

va interna regiría las relaciones establecidas como consecuencia del contrato o convención de inversión.

A nuestro entender, la admisión en éstas convenciones de la existencia de un verdadero contrato no debe ofrecer dudas, sobre todo si partimos de la consideración de la libertad que las partes tienen, principalmente el presunto inversionista, para discutir y aceptar las condiciones en las que pueda concluir se la negociación (121). Determinadas facultades inderogables, consustanciales a la idea de poder soberano, actuarían a manera de condiciones generales de la convención, en el mismo sentido que las reglas de orden público, que bajo ningún concepto pueden ser desconocidas o renunciadas por los contratantes.

Ahora bien, así como en los "contratos económicos" formalizados entre un Estado y sus súbditos, no existe ningún problema respecto al régimen aplicable (que sería siempre de Derecho interno, administrativo - en la noción clásica, o de Derecho económico en nuestra idea), ni en el caso de Tratados entre Estados (que, en cualquier supuesto, corresponderían al Derecho internacional, público, en la teoría tradicional, o económico

tal. Por el contrario, la posición de los Estados, es opuesta a ésta concepción positivista que, por otra parte, aparece como la más realista, ya que, admitiendo a priori la igualdad de las partes contratantes, comporta la mayor seguridad para las relaciones contractuales. Por otra parte -concluye - MAVRIAS- la concepción administrativista no explica por qué, contrariamente al principio del contrato administrativo, las cláusulas ventajosas favorecen precisamente al inversionista, rompiendo el --equilibrio de los intereses en presencia.

- (121) MIAJA (Hacia una regulación internacional de las - sociedades multinacionales, en Estudios en homenaje a Manlio Udina; separata, Milán, 1.975; pág. -- 519) los denomina "convenios", y subraya la cuestión que plantean, en cuanto a su adscripción al Derecho internacional clásico, al "transnational Law" -tal como fué concebido por JESSUP-, o al derecho interno del Estado contratante ó, por el contrario, si flotan en el vacío de todo ordenamiento jurídico.

internacional en la nueva construcción), no puede decirse lo mismo en el supuesto de las "convenciones de IE", porque en ellas se produce una superposición de elementos de Derecho interno y de Derecho internacional, que dificultan, según ya apuntamos, su calificación jurídica.

La "convención" constituye un acto formalizado como consecuencia de la existencia de un texto legislativo de Derecho interno que la admite, y en todos los trámites de su negociación hasta la firma del acuerdo está presente la norma interna.

Pero, además, hay que tener en cuenta que una de las partes de la convención, el inversionista, es súbdito de Estado extranjero y los capitales que aporta también tienen un carácter extranacional. Y que, además es norma habitual, que reciban un trato específico (de ordinario privilegiado, o simplemente diferente, del que goza el inversionista nacional (122), que se manifiesta no solo en una serie de aspectos esencialmente económicos (repatriación de capitales, transferencias de beneficios, etc.) sino en matices fundamentalmente jurídicos, como en el caso frecuente de admisión de las "cláusulas de arbitraje internacional", en virtud de las cuales, ante el nacimiento de controversias se reconoce la competencia para conocerlas de una jurisdicción internacional que tiene la facultad de solventarlas.

En la terminología insinternacionalista parece que se puede admitir, bajo la expresión de --

(122) Incluso en el caso de "joint ventures" o empresas conjuntas de nacionales y extranjeros, éstos últimos reciben un trato diferente (vgr.: se benefician de las cláusulas de transferencia del capital y -- las utilidades, etc.).

"convención internacional", a todo acuerdo formalizado entre sujetos de Derecho internacional. Este término -- englobaría, a su vez, dos expresiones: un concepto estricto de la convención que la asimilase al llamado -- "Tratado internacional" como "acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular" (art. 2º, 1, a) de la Convención de Viena, 23 de mayo de 1.969); por otra parte, se referiría, con una traducción más amplia, a "toda -- concordancia de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho internacional, destinada a producir efectos jurídicos; es decir, a crear, modificar o extinguir un -- derecho" (123).

Parece que, admitido éste amplio sentido de la convención internacional, no existiría gran -- dificultad, en una primera aproximación, para encuadrar la convención de IE en tal categoría. Pero también parece admisible que, a la vista de alguna de las características que reúnen, ya expuestas, y que desbordan la -- noción clásica del acuerdo internacional, las dudas -- surjan, y así la doctrina haya sostenido que se debían considerar como "tratados cuasi-internacionales" (SCHWAZENBERGER) o "contratos innominados sui generis" -- (KAHN), aunque siempre regidos por el Derecho internacional (124).

Nos parece indudable que una asimilación a las figuras contractuales jurídicas ya conocidas, --

(123) JIMENEZ DE ARECHAGA E., Curso de Derecho internacional público; Montevideo, 1.959; Tomo I, pág. 98.

(124) PALIERE M., Les contrats d'investissement dans les pays en voie de développement, en Colloque Juridique International sur les investissements et le développement économique dans les pays du Tiers Monde; París, 1.968; pág. 118.

tanto en el campo del Derecho interno como en el Derecho internacional, es improcedente. Estas convenciones surgen como respuesta a unas necesidades económicas y sociales imperiosas, por parte de los países en vías de desarrollo, y en su construcción jurídica se han -- utilizado materiales "viejos" que han debido ser adaptados, a veces violentamente, a los nuevos moldes que requieren los fines reseñados. De aquí, que debamos inclinarnos a pensar que nos encontramos ante una nueva institución jurídica, de carácter internacional, cuya configuración no puede resultar adecuada aplicando los esquemas tradicionales de la Ciencia del Derecho, sino que ha de ser investigada dentro de las coordenadas -- que le marca el nuevo Derecho económico internacional. Se trata de "algo" nuevo en el mundo de las relaciones económicas internacionales, incapaz de ser aprehendido en los modelos jurídicos tradicionales (125). El tema merece una amplia reflexión doctrinal que, a no dudar, irá produciéndose a medida que el fenómeno de las "IE paccionada" vaya extendiendo su radio de acción (126).

(125) En ésta misma línea escribe KAHN "sino es necesario que reconozcamos francamente la existencia de un derecho de las relaciones económicas destinado a regir éstas convenciones y siendo entendido como derecho material subordinado al Derecho de gentes, -- pero con su objeto propio y específico" (Problemes juridiques de l'investissement, cit.; pág. 387). -- Estos pactos, por su número y su importancia --señala BEGUIN-- forman de manera creciente una parte -- esencial del derecho contemporáneo de las naciones. Así se elabora progresivamente un Derecho internacional del desarrollo. Este Derecho deberá utilizar conceptos que le sean propios, pero inspirándose igualmente en otros y en reglas y categorías -- del Derecho privado. Esta ayuda frecuente de los -- sistemas principales de Derecho interno permiten el enriquecimiento de sus principios generales, fuente reconocida de Derecho internacional. Así se explica igualmente la aparición de la expresión "derecho transnacional" (Le entreprises conjointes, -- cit.; págs. 248-249).

(126) El tema al que nos hemos referido tiene tanta importancia que, con motivo de la discusión de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, --

D) Inversiones "libres" y "condicionadas".

Responde ésta clasificación a la necesidad o no de previa autorización para efectuar IE (momento inicial o de su constitución).

Se incluyen como "IE libres" las que pueden realizarse sin ningún tipo de limitación legal en -- cuanto a plazos, cuantías, sectores, trámites administrativos, etc. En éste sentido son libres las IED que se -- pueden realizar en Alemania, Unión belga-luxemburguesa, Italia, Holanda, etc. (127).

Son "IE condicionadas" aquellas cuya realización exige, en todo caso, una autorización previa -- por parte de los Estados receptores de la inversión. Estas IE pueden revestir dos modalidades principales:

- IE de régimen general, es decir, sujetas a -- la autorización y, sometidas, en principio, a un régimen de igualdad con las inversiones -- nacionales (128).

aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. en -- su XIX periodo de sesiones, se suscitó ardua polémica sobre el mismo, porque el grupo de los 77 países en vías de desarrollo se negaron a admitir el carácter de "convenio internacional", señalando -- que se trataba de "acuerdos o contratos" que creaban vínculos jurídicos puramente de Derecho interno y regidos por el derecho nacional del Estado -- contratante. Sobre el particular nos remitimos a -- CASTAÑEDA J., La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados desde el punto de vista del -- Derecho internacional, en la obra colectiva Justicia Económica internacional, México, 1.976; págs. 99 y ss.

(127) Vid. COLOMES (Le droit de l'établissement, cit.; -- págs. 228 y ss.) y OCDE, Código de liberalización de movimientos de capital, Anexo A, I, III, IV, V, VI y VIII.

(128) Portugal, D.L. nº 239/76, art. 5º, Pacto Andino -- (art. 2º), Argentina en algunos casos concretos --

- IE de régimen especial, entre las cuales podrían considerarse las que hemos denominado "paccionadas" (129).

2.1.2. CLASIFICACION DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS POR RAZON DE SU CONTENIDO.

La clasificación de las variedades de IE que exponemos a continuación traduce, sobre la base de sus modalidades económico-financieras, el análisis pormenorizado de los diferentes ordenamientos positivos -- dictados a éstos específicos efectos.

En la mayoría de los textos legales se - suelen reconocer cuatro clases principales o modalidades jurídicas que pueden revestir las operaciones de capital extranjero y que, fundamentalmente, están basadas, primero en el "grado de control" de la inversión y en - segundo término, en la propia naturaleza de la "finalidad" de aquellas. Así se distinguen las IED, las IEC, - las IE de carácter crediticio, las IE inmobiliarias, las IE tecnológicas (asistencia técnica, licencias, marcas, etc.). Examinaremos a continuación el concepto y las ca racterísticas más acusadas de las tres primeras modalidades, porque son las únicas que se relacionan con la - IE a través de valores mobiliarios (130). Como señala -

(arts. 4º y 6º). CARREAU, JUILLARD y FLORY (Droit international économique, cit.; pág. 400) llaman a éste tipo de IE "neutrales" porque reciben el mismo trato que las nacionales, a diferencia de las - que los reciben mejor (régimen de "incitación") o peor (régimen de "disuasión").

(129) Chile, países africanos del área francófona (Senegal, Mali, Costa Marfil, Mauritania, etc.). Vid. - Coloquio Jurídico Internacional: Les investissements et le développement économique des Pays des Tiers Monde, París, 1.968; principalmente págs. 118 y ss.

(130) La IE inmobiliaria, en el sentido que nosotros le damos en el texto, consiste en la adquisición de -

BAELI (131), cada una de estas variedades presenta una configuración jurídica propia, responden a finalidades económicas, a menudo, diferentes y reconocen su origen en movimientos financieros de distinto significado. De aquí que su análisis constituya un tema interesante y necesario a los fines de nuestro trabajo.

Las consecuencias que se derivan de la adscripción de una operación de IE a unas u otras modalidades, no deja de tener su importancia, ya que, por una parte, plantean a veces difíciles cuestiones de calificación y, por otro lado, sus efectos (alcance de los derechos y obligaciones que comportan) tampoco son, de ordinario, idénticos.

fincas rústicas y urbanas por parte de los inversionistas extranjeros, de una manera directa, es decir, sin que tales bienes se adquieran como consecuencia de la compra de títulos/acciones de una Sociedad en cuyo patrimonio figuren.

También excluimos las IE de carácter público, porque su específica normativa establece condicionamientos que exceden del contexto usual de las operaciones de IE.

Las IE tecnológicas no pueden ser consideradas en nuestro estudio, toda vez que por su misma naturaleza -transferencia de asistencia técnica, patentes y licencias (como admite el RIE, art. 2º, 1, c)- no son susceptibles de ser aportadas al activo de una empresa contra la entrega de títulos/acciones al aportante, por establecer la LSA que "será nula la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad" (art. 33). Por ello, éste tipo de operaciones de inversión se encauza a través de la formalización de contratos bilaterales entre el inversionista y la empresa, satisfaciéndose la contrapartida de la aportación técnica mediante el pago de cánones o "royalties" al aportante. En la actualidad, la transferencia de tecnología se rige por el D. de 21 de septiembre de 1.973 -que derogó el anteriormente vigente de 25 de febrero de 1.965- y la O.M. de 25 de diciembre de 1.973.

(131) BAELI S., Investimenti e finanziamenti esteri in Italia; Roma, 1.957; pág. 23.

A) INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS.

a) Concepto de la IED.

De entre todas las modalidades de IE reconocidas, es indudable que la primacía, tanto por su importancia cuantitativa como por sus posibles implicaciones en la esfera de lo político y social, corresponde a las IED por derecho propio.

En el Capítulo siguiente se exponen algunas consideraciones que, creemos, avalan nuestra afirmación.

El criterio que más comunmente se admite para caracterizar la IED reside, actualmente, en la idea de "control" que el inversionista ejerce, o puede ejercer legalmente, sobre la administración de su inversión. Pero ésta idea del control, que aparece borrosamente regulada en el Derecho comparado, ha ido perfilándose al correr del tiempo hasta su precisa caracterización actual.

El primer antecedente legislativo, está -- constituido por la ley italiana de 7 de febrero de -- 1.956, precedente inmediato, según ya expusimos, de las disposiciones españolas que surgieron con el D.L. de 27 de julio de 1.959.

La normativa italiana no contiene concepto específicamente concreto sobre las IED. No obstante, la doctrina al examinar la ley de 1.956, establece con rara unanimidad, que el art. 1º de la misma se está refiriendo a ellas (132). Dice dicho precepto que "los ex--

(132) BAEI (Investimenti e finanziamenti esteri in Italia, cit.; págs. 23 y 37). MINISTERIO DEL TESORO - (Commento alle nuove disposizioni in materia di in-

trajeros, que pretendan efectuar, después de la entrada en vigor de la presente ley, transferencias a Italia de capitales en moneda extranjera, aceptada la cesión por la Oficina italiana de Cambios y a ésta efectivamente cedida, con la finalidad de invertir su contravalor de libras en la creación de nuevas empresas productivas o en la ampliación de análogas empresas ya existentes, podrán transferir al extranjero, sin limitación alguna, los dividendos y las utilidades efectivamente percibidas, al igual que los capitales resultantes de eventuales y posteriores liquidaciones".

Como puede observarse, en la ley italiana, no se alude en absoluto a la noción primaria de control, haciéndose por el contrario especial hincapié en el origen de los "bienes invertidos" y en el sentido "finalista" de la inversión (creación o ampliación de empresas productivas). Tampoco en ninguno de los comentarios al texto legal se subraya la omisión puesta de manifiesto. Ello hace pensar que, para el legislador italiano, la característica indicada carece de trascendencia, por lo que cabe interpretar como IED cualquier modalidad que adopte la IE y que tenga por finalidad allegar recursos a las empresas productivas (133).

vestimenti di capitali esteri in Italia; Roma, 1.956). SCOTT (Gli investimenti esteri in Italia; cit.; pág. 22). BONET CORREA J. "El régimen jurídico de las IE en Italia"; cit.; págs. 891 y ss.

- (133) LAURO F. (IP regime valutario italiano nell'ambito dei rapporti economici con l'estero; Roma, 1.970) pone tanto el acento en la idea de empresa productiva que llega a distinguir, al tratar de la ley de 7-II-1.956, no las modalidades tradicionales de IE, sino otras dos diferentes (pág. 158): a) inversiones destinadas a la creación de nuevas empresas productivas o a la ampliación de análogas ya existentes y b) inversiones de otra naturaleza, no destinadas específicamente a la creación o ampliación de empresas productivas. Como subraya VERDERA (Régimen jurídico de las IE en España, cit.; pág. 141)

Esta característica desaparece en textos más recientes porque, sin duda, se presta a una notable confusión, como puso de manifiesto la propia doctrina italiana y la española que comentó el D.L. de 27 de julio de 1.959.

Posteriormente nos encontramos con que en el Anexo A del Código de liberalización de los movimientos de capital de la OCDE se inserta la siguiente definición de las IED: "inversiones efectuadas con la finalidad de establecer vínculos económicos duraderos con una empresa, tales como, principalmente, las inversiones que atribuyen la posibilidad de ejercitar una influencia real sobre la gestión de dicha empresa". De acuerdo con éste concepto, dos son las características esenciales de la IED: 1ª) la finalidad de establecer vínculos económicos duraderos (134) y 2ª) la posibilidad de ejercer un control sobre la empresa.

En el Reglamento E del Instituto belgo-luxemburgués de Cambio se establece que son IED todas -

en la ley italiana la calificación de la empresa es la que determina el régimen aplicable. El Reglamento de 6-VIII-1.956 establece (art. 1º) el concepto de empresa productiva.

- (134) Por ello concreta el mismo Código de la OCDE (Anexo A, Lista A, I, A) que podrán considerarse como IED "la creación o ampliación de una empresa, de una filial o de una sucursal que pertenezca exclusivamente al prestador de los fondos, o la adquisición integral de una empresa existente; la toma de participación en una empresa nueva o ya existente, y un préstamo a largo plazo (cinco años o más)". Con relación a ésta última modalidad -préstamo a largo plazo- hay que recordar como en la Primera Directiva para aplicación del art. 67 del Tratado de la CEE (11-V-1.960) se especifica que tendrán la consideración de IED cuando se formalicen "con la finalidad de crear o mantener relaciones económicas durables y directas" (Anexo II, I, 3), señalando como ejemplos títipos los préstamos otorgados por una Sociedad a sus filiales o a otras Sociedades en las que posea alguna participación, o los otorgados en base a la obtención de una participación en los beneficios, o los formalizados entre establecimientos financieros con el fin de crear y mantener relaciones económicas duraderas.

"las destinadas a mantener o establecer, con fines productivos, relaciones directas y duraderas con una empresa industrial o comercial, establecida sobre territorio de la Unión económica belgo-luxemburguesa bajo la forma de participación en el capital de dicha empresa o bajo la modalidad de préstamo a medio o largo plazo". Dos nuevas ideas básicas apuntan en ésta noción: 1ª) la relación "directa"; y 2ª) la consideración de que tal relación pueda provenir incluso de la concesión de préstamos.

Por otro lado, en el Derecho francés, el Decreto nº 67-78, de 27 de enero de 1.967, al especificar las modalidades y formas de aplicación de la ley nº 66-1008 de 28-XII-1.966, relativa a las relaciones financieras con el extranjero, establece en su art. 2º, apartado 3º que se entenderá por IED, "a) la adquisición, la creación o la ampliación de establecimientos comerciales, de sucursales o de toda empresa de carácter personal, y b) cualesquiera operaciones cuando, de manera aislada o no, concomitante o sucesiva, tienen por efecto permitir a -- una o varias personas tomar o aumentar el control de una sociedad que ejerza una actividad industrial, agrícola, comercial, financiera o inmobiliaria, cualquiera que sea su forma o asegurar la ampliación de tal sociedad si se encuentra ya bajo su control" (135). Según el texto transcrito la principal nota distintiva radica en la idea del "control" sobre una sociedad o empresa (136).

(135) Una exégesis amplia de la definición legal puede encontrarse en PINTO R., "Le régime juridique des investissements étrangers en France" en Rev. Journal du Droit International, París, año 94, nº 2, - abril-mayo-junio de 1.967, págs. 238 y ss.

(136) Hasta tal punto es ello cierto que en el párrafo final del propio art. 2º del D. nº 67-78 se especifica que "en ningún caso será considerada como I. Directa la sola participación, siempre que no exceda del 20%, en el capital de una Sociedad cuyos títulos estén admitidos a cotización en Bolsa", lo que se traduce, a sensu contrario, en la consideración como IED la adquisición en Bolsa de un porcentaje superior al citado.

Más recientemente la reglamentación de las IE en los países del Pacto Andino aportan otro concepto de la IED al señalar en el art. 1º de la Decisión 24, que habrán de considerarse como tales: 1º) los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas - naturales o empresas extranjeras, al capital de una empresa, en monedas libremente convertibles, plantas industriales, maquinaria o equipos, con derecho a la reexportación de su valor y a la transferencia de utilidades al exterior, y 2º) las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior". Para éstos Estados sudamericanos, el concepto fundamental de la noción de IED no es el control, que no aparece por ningún lado, sino el derecho a la reexportación del valor de la inversión y el de la transferencia de sus utilidades, y ésta idea llega a ser fundamental hasta un punto tal que, cuando el inversionista extranjero reside habitualmente en el país receptor y renuncia a tales derechos, se convierte en inversionista nacional (art. 1º).

La noción de control es utilizada en el Pacto Andino para establecer las diferencias entre empresas "nacionales" (137), empresas "mixtas" (138) y empresas "extranjeras" (139).

Sin duda alguna, creemos que éste criterio especial adoptado, debe ser consecuencia de no ad-

(137) Cuando el capital pertenezca en más del 80% a inversionistas nacionales, siempre que esa proporción se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa (art. 1º).

(138) Cuando el capital que pertenezca al inversionista nacional fluctue entre el 51% y 80% y existan las mismas condiciones en cuanto a gestión de la empresa (art. 1º).

(139) Cuando el capital en poder de los inversionistas nacionales es inferior al 51%, o cuando siendo superior, no se refleje ese porcentaje en la gestión empresarial (art. 1º).

mitir como IE las denominadas de "cartera o portafolio" que, concediendo los derechos de reexportación y transferencia, impiden el "control" de la inversión. Desconociendo tal modalidad de IE no parece extraño que la idea de control no se haya utilizado en el sentido que comúnmente se le asigna.

En la misma línea del Pacto Andino, el D.L. nº 239/76 portugués, establece que a los efectos legales se consideran IED "todas las aportaciones provenientes del extranjero, efectuadas por personas singulares o colectivas extranjeras, para realizar una actividad empresarial propia, o para participar en el capital de sociedades constituidas o por constituir en Portugal, siempre que se destinen a apoyar el desarrollo económico y social del país, cualquiera que sea la forma que asuman, desde que sean autorizadas con arreglo a la ley. Se considerar igualmente como IED la inversión en moneda nacional proveniente de recursos con derecho a ser transferidos al exterior" (art. 2º).

Si examinamos las opiniones dadas por la doctrina que ha analizado el tema (140), que coincide en señalar que la noción de "control" es fundamentalmente una noción extra-jurídica, podríamos establecer tres criterios principales -con admitir variedad de matices cada uno- que pueden servir -separada o conjuntamente- para "exteriorizar" tal situación:

1º) El "control-propiedad" derivado de la posesión integral de la sociedad, o de una parte "representativa" de su capital.

2º) El "control-dirección", que se pro

(140) Vid. obra colectiva bajo la dirección de GOLDMAN B. y FRANCESKAKIS Ph., L'entreprise multinational face au Droit; París, 1.977; págs. 75 y ss.

duce cuando, de alguna forma, la gestión, dirección o administración de la sociedad corresponde a un grupo determinado.

32) El "control-poder", que se exterioriza en la dependencia técnica (asistencia tecnológica, licencias, etc.) o financiera (préstamos, créditos, etc.) de una empresa respecto a otra o a grupos económicos concretos.

Pero la noción del "control" que parece, desde luego, la más simple de cuantas se han esbozado para caracterizar la IED (141), no presenta la nitidez de contarnos que, por su general aceptación, sería deseable.

La idea del "control" (142) se plantea, por vez primera, en los tiempos de la guerra 1.914-1.918 y, precisamente, surge como una consecuencia directa de la contienda, (143) con la finalidad de "legalizar" el -

(141) En algunos casos se alude a INVERSIONES DE CONTROL en vez de IED (COLOMES M., Le droit de l'établissement, cit.; pág. 202).

(142) Para LOUSSOUARN y BREDIN (Droit du commerce international, cit.; pág. 279) "el control es una noción - poliforma" porque presenta multitud de características.

(143) Se desarrolló esta teoría a partir del famoso caso Daimler C^o v. Continental Tyre and Rubber C^o, ventilado en Londres en 1.916. La Sociedad estaba inscrita como inglesa -y esta inscripción les otorga el estatuto personal de las Sociedades en Gran Bretaña- pero todas las acciones estaban en poder de súbditos de países enemigos. La House of Lords, reformando la Decisión de la Court of Appeals, dejó sin vigor la aplicación de la ley inglesa, señalando -- que la Sociedad misma es incapaz de amistad o enemistad, que lo que importa es la calidad de los -- accionistas.

Posteriormente, en otros supuestos, la noción de -- control se ensanchó englobando a los casos en que el factor determinante era la dirección (Bank voor Handel V. Slatfor, en 1.951).

El criterio del control se aplicó en el Tratado de Versalles de 28-VI-1.919 (arts. 74 y 297) entre los aliados y la Alemania derrotada.

secuestro de sociedades nacionales cuyos accionistas eran súbditos de países enemigos (144), y llega a alcanzar tal importancia que se ha propuesto como criterio válido para la determinación de la nacionalidad de las sociedades (145).

Concluida la guerra, y a pesar de retornar las condiciones normales, los Tribunales siguieron aplicando el nuevo criterio y así nos encontramos con -- que en Francia la ley de 30 de junio de 1.926, sobre propiedad comercial, consagra dicho principio "en tiempos de paz" (146) si bien se ha reconocido que la aplicación de tal norma fué extraordinariamente restrictiva (147). Durante la segunda guerra mundial el Gobierno francés, -- por medio de un D. de 1º de septiembre de 1.939, autorizó la utilización, de nuevo, del criterio del control.

-
- (144) Como apunta ALFONSIN (Sistema de Derecho civil internacional, Montevideo, 1.961, Vol. I, págs. 407-408), una vez arraigada la teoría del control, el Estado -- también hizo uso de ella para reclamar indemnización por los daños de guerra de que habían sido víctimas ciertas personas jurídicas sometidas a una ley extranjera, pero compuestas o controladas por personas físicas nacionales; igualmente se admitió que -- ciertas personas jurídicas, aunque constituidas dentro de frontera, al ser sus componentes extranjeros, no podían aspirar a participar en reparaciones por daños de guerra, etc.
- (145) MIAJA, Derecho internacional privado, Vol. II: Parte especial, Madrid, 1.970; pág. 79. BATTIFOL (Traité élémentaire de Droit international privé, París, 1.949; pág. 219) señala que ésta teoría "se presenta más como un motivo para negar ciertos derechos a las Sociedades que para asignación de una nacionalidad determinada".
- (146) La Corte de Casación, en su sentencia de 12-V-1.931 consideró como extranjera a la Sociedad Demington -- Typewriter porque, a pesar de estar constituida en Francia y tener en ella su sede social, su centro -- de explotación estaba fuera del país.
- (147) Nos remitimos a LEREBOURS-PIGEONNIERE P., Droit international Privé; París, 1.962, págs. 287 y ss.

Una serie de disposiciones especiales - dictadas con finalidades muy concretas (148) han constituido el precedente inmediato de la admisión de la noción "control" en el Decreto nº 67-78, cuyo art. 2º ya reseñamos (pdo. 3º) y su aplicación al campo de la IE.

La noción de "control" aplicada a la IED no ha dejado de presentar dificultades en su concrección, aunque en la práctica se traduzca en una relación de dependencia de una sociedad a otra o a un grupo determinado de personas físicas, que puedan ejercitar una influencia decisiva sobre la actividad de la primera.

Ahora bien, respecto a los criterios -- que hayan de seguirse para concretar objetivamente tal condición en la práctica, es donde surgen las divergencias y donde se han tenido que establecer una serie de nociones que difieren entre sí.

La doctrina ha establecido los siguientes índices interpretativos:

1º) No es necesario un control patrimonial absoluto por parte del inversionista extranjero, o su participación mayoritaria; basta que pueda ejercitarse un "papel determinante" (149).

(148) Decretos de 19-X-1.919 (concesiones de energía hidráulica); 21-IV-1.920 (minas); 31-V-1.924 (navegación aérea); 12-XI-1.938 (servicios públicos); Ley 13-VI-1.941 (Bancos extranjeros, art. 15); 2-IV-1.948 (periódicos y revistas), Código de aduanas de 18-XII-1.948, Ley de 16-VII-1.949, D. 2-I-1.958, etc.

(149) En éste sentido es de destacar el art. 33 de la ley argentina de Sociedades comerciales (Ley nº 19.550, abril 1.972) para el cual debe entenderse por control en materia de empresas, "la participación directa o indirecta y por cualquier título- que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad -- del ente". Las acciones de voto plural pueden hacer que se obtenga el control sin necesidad de tener mayoría en el capital social.

2º) Debe distinguirse según los títulos estén o no cotizados en Bolsa, porque en los primeros -- una participación minoritaria puede implicar el control de la Sociedad (principalmente por la utilización de delegaciones de voto, o simplemente, por la abstención del mismo), mientras en los segundos es más difícil.

3º) Debe tenerse en cuenta la existencia de sociedades "cruzadas" que pueden dar lugar a controles indirectos.

4º) La atribución de voto plural a las acciones en poder de los inversionistas extranjeros (150).

5º) El "dominio de la organización económica", sea éste directo o indirecto (151).

Cuando la totalidad del capital social está en poder de los inversionistas extranjeros, la noción de "control" no presente cuestión alguna. Pero cuando la titularidad de aquellos no es integral, el tema se compli

(150) La Convención franco-argelina de 28-VIII-1.962 (aprobada por D. 62/1020, de 29-VIII-1.962) establece como presunción del control extranjero el poder determinante en la dirección y gestión de la empresa -- "bien sea debido a la posesión de más de la mitad de los votos concedidos a las acciones de la sociedad" o por otros medios cualesquiera.

(151) ZALDIVAR (Régimen de las empresas extranjeras en la República Argentina; Buenos Aires, 1.972; pág. 36) señala como parece difícil comprender que el grupo que controla los capitales, a su vez, no domine a la asamblea y, directa o indirectamente, al directorio. No negamos -continúa- que pueda darse el caso que el primero, por cualquier circunstancia, pierda la mayoría de un directorio y que la Sociedad no responde a los capitalistas mayoritarios, pero no cabe duda que ello será transitorio y excepcional y que, en definitiva, éstos retornarán el mando de la Sociedad. Por otra parte -concluye- en nada se desvirtuaría el principio que inspira el sistema en análisis aplicando la idea del mando sobre cualquiera de los órganos de la Sociedad, sea separada o conjuntamente.

ca extraordinariamente (152).

No obstante se han tratado de fijar legalmente unos criterios que resultasen aceptables para todos, por su misma objetividad.

La OCDE y el Departamento de Comercio de los EE.UU. establecen que la titularidad de un porcentaje del 25% del capital de la Sociedad constituye un signo evidente de su control, mientras que el FMI lo eleva al 50%, salvo que se trate de un solo grupo de inversionistas extranjeros que poseyendo tan solo el 25%, jueguen un papel efectivo en la dirección de la empresa.

LA SEC (Securities Exchange Commission) - tiene establecido, para USA, el criterio del 25%, bien sea el control directo o a través de una o varias empresas controladas (Investment Company Act, sección 2, a, 9), y para casos concretos -holdings- los establece en el 10% y el 5% (Holding Company Act, secciones 2.a.7, - 2.a.8 y 2.a.11) (153).

La legislación mejicana constituye un -- ejemplo de confusión en ésta materia (154) requiriendo --según los diferentes supuestos que contempla-- porcenta

(152) La doctrina francesa discute sobre ésta idea preguntándose que criterio será el más útil para fijar, en las Sociedades anónimas, la caracterización de una situación de control: ¿el control sobre el directorio o Consejo de Administración?, ¿el control de los capitales?, ¿el control de la asamblea de accionistas? (DALLOZ, Repertoire de Droit Commercial et des Sociétés; París, 1.958, Tomo III, pág. 503, nº 73 y ss.).

(153) GOMEZ-PALACIO, Análisis de la ley de inversión, cit.; págs. 51-52.

(154) Vid. BARRERA GRAF, Inversiones extranjeras, cit.; - págs. 104 y ss. y 129 y ss.

jes diferenciados que unas veces se refieren al "capital de las empresas" -confusión terminológica inaceptable- y otras a los "activos" empresariales (155). Los países -- del Pacto Andino consideran que una sociedad es extranjera -también utilizan la expresión "empresas"- cuando el capital perteneciente a inversionistas nacionales es inferior al 51% (Decisión 24, art. 1º), y éste mismo criterio cuantitativo se aplica en El Salvador (art. 16, a), ley 18 de enero de 1.961) y en Argentina (art. 2º, 3 y 4). En Filipinas el porcentaje se reduce al 40% (art. 3, B y 19, A, Ley 16 de noviembre de 1.967).

Al comentar la ley francesa, puso de manifiesto la doctrina (156) la extraordinaria inconcreción de la norma y los excesivos poderes que quedaban a la discreción de la Administración para interpretarla, lo que podría dar lugar a una hermeneútica "inspirada en motivos de oportunidad". Tal vez pensamientos similares al expuesto, hicieron que, recientemente, el legislador gallo intentase "objetivar" la noción de IED, lo que ha tratado de lograr en una Circular de 28 de junio de 1.977 - (J.O. de 17-VII-1.977) en cuyo título primero, apartado 1.1.1. establece que la definición de IED se basa en la "noción de control" debiendo en consecuencia ser considera-

(155) El sistema general establecido es el siguiente: a) empresas de nueva creación: la regla general es que la IE podrá participar hasta un máximo del 49% (art. 5º), salvo que se exijan porcentajes menores por la propia LIE (vgr.: minería, 49% y 34% según casos; - productos secundarios de la industria petroquímica y vehículos automotores 40%) o por disposiciones específicas (art. 5º); b) empresas establecidas: 25% del capital ó 49% de los activos fijos de la empresa (art. 8º).

(156) ANSELME-RAVINOVITCH; Le traite de Rome et la réglementation française des investissements; en Rev. -- Banque, Paris; Febrero 1.970; nº 282; pág. 125. PINTO R., Le régime juridique des investissements -- étrangères en France, cit.; págs. 242 y ss.

das que están en tal situación: 1º) bajo control francés, la sociedad extranjera en la que más del 20% del capital pertenezca a residentes franceses, directamente o por medio de empresas extranjeras bajo control de residentes; 2º) bajo control extranjero, una sociedad francesa en la que más del 20% del capital sea detentado por no-residentes o por empresas francesas que se encuentren bajo el control de no-residentes; 3º) por lo que se refiere a -- las sociedades cuyos títulos son cotizados oficialmente en la Bolsa, no se entenderá que existe IED cuando la -- participación de los no-residentes no exceda del 20% -- del capital de las sociedades, salvo en el caso de que, aún no sobrepasando dicho porcentaje, siempre que se produzcan otras circunstancias --concomitantes o sucesivas-- susceptibles de contribuir a la toma de control de la sociedad (opciones, préstamos, garantías, marcas y patentes, licencias, contratos comerciales o de asistencia -- técnica, etc.); 4º) también se considera IED, respecto a los títulos cotizados en Bolsa, cuando la participación no exceda del 20%, siempre que el adquirente o el suscriptor actúe por cuenta de personas, físicas o morales, que ya sean accionistas de la sociedad o esté ligado a ellas, y que la operación tenga por finalidad llevar el total -- de las participaciones controladas directa o indirectamente por un mismo grupo a más del 20% del capital de la sociedad; 5º) aún en el caso de no alcanzar los porcentajes señalados, en los supuestos anteriores, se considerará que el control puede existir cuando se den situaciones muy tipificadas que hacen presumirlo (vgr.: opción -- a favor del inversionista extranjero sobre el resto de -- las acciones de la sociedad; existencia de préstamos o -- garantías otorgados por éste que permitan pensar que tiene la responsabilidad de la financiación de la sociedad; que la participación vaya acompañada de la existencia de licencias, contratos comerciales o de asistencia técnica que hagan depender a la sociedad del inversionista o de

su grupo; 6º) en casos excepcionales, la existencia de préstamos o garantías que, por razón de su importancia cuantitativa, a la vista de la situación financiera de la empresa, en cuyo favor se hayan concedido, obligue a entregar su control, con independencia de toda participación en su capital; 7º) en caso de duda se confiere un poder discrecional a la Administración (D.G. del Tesoro) para que se pronuncie sobre el caso concreto, teniendo en cuenta que las operaciones concernientes a una misma sociedad no deben ser consideradas aisladamente, sino en su conjunto, y que sean concomitantes o sucesivas (157).

PINTO (158), comentando las normas -- francesas señala que, a la vista de la enumeración expuesta, podría establecerse una doble clasificación de los criterios de control, que nos parece muy acertada. Distingue entre control "interno" y "externo". El primero se referirá a las posibilidades de lograrlo desde el "interior" de la sociedad, y que dependen, en último término, de la modalidad jurídica que haya adoptado ésta (anónima, responsabilidad limitada, comanditaria); mientras que el control "externo" se basa en el juego de los acuerdos concertados y de las medidas económicas aplicadas (préstamos, asistencia técnica, licencias, etc.) que implican un desequilibrio de poder total entre las partes relacionadas.

Como conclusión de cuanto llevamos indicado, se ha de poner de manifiesto como ésta catego-

(157) Esta circular reemplazó a la de 26 de julio de 1.974 (J.O. 17-VIII-1.974) que era algo más confusa. Ambas pueden verse en *Juris Classeur Commercial Banque Bourse*, Tomo II, París; fascículo nº 81.

(158) Le régime juridique des investissements, cit.; págs. 244 y ss.

ría de la IED basada, fundamentalmente, en la idea de la "dependencia directa", de la "influencia decisiva", del "control" por parte de los inversionistas extranjeros, -- puede llegar a carecer de entidad en tanto en cuanto se identifica en base a criterios a veces difícilmente "objetivizables", lo que se traduce en inconcrecciones de tipo práctico muchas veces insalvables. Sin perjuicio de volver posteriormente sobre ésta idea, creemos que la -- cuestión puede darse por concluida sugiriendo, a la vista de la normativa comparada que se ha expuesto, el siguiente concepto teórico de la IED: "son directas las -- operaciones de inversión con las cuales el aportante extranjero pretende su inserción en el sistema económico -- del país receptor, controlando la actividad y el empleo de los medios de los que es titular".

b) Clasificación de las IED.

A tenor del art. 1º de la ley italiana -- de 1.956 parece que la única clasificación que puede hacerse de las IED estriba en considerarlas divididas en -- dos grupos: inversiones que tienen por objeto la creación de nuevas empresas productivas e inversiones que tienden a la mejora de las empresas ya existentes. Pero en todo caso, la IED sería, fundamentalmente, una inversión con finalidad "productiva".

No obstante, se ha de tener en cuenta -- que en la clasificación contable de la OCDE se identifican las IED, fundamentalmente, con las operaciones de -- contenido patrimonial, muchas de las cuales no poseen necesariamente carácter "productivo", como en el caso de -- adquisición de inmuebles.

Las IED, propiamente dichas, son "inversiones empresariales" -- y como tales están reconocidas en

el Derecho comparado-, de carácter industrial, comercial, agrario o de servicios, cuya finalidad esencial estriba - en su contenido productivo, en desarrollar alguna actividad de tal índole en el país receptor del capital.

Dentro de ésta categoría pueden establecerse otras clasificaciones más variadas: IED típicas y atípicas, ordinarias y especiales, de primera instalación -- (creación de unidades productivas) o de ampliación y mejora de las existentes, en capitales monetarios, en bienes materiales o en derechos, etc.

B) INVERSIONES EXTRANJERAS DE CARTERA.

a) Concepto de la IEC.

Si la IED era caracterizada fundamentalmente sobre la base de la noción de "control", el concepto de la IEC se relaciona, precisamente, con la ausencia de una idea semejante. Falta en la IEC -como ya escribimos en otras ocasiones (159)- el "animus controlandi", falta por parte del titular de la IE el deseo de ingerencia directa en la actividad y el empleo de los medios aportados (160).

(159) FERNANDEZ FLORES F., Problemática legal de las IEC, en Ciclo Conferencias, Bolsa de Barcelona, cit.; -- pág. 35, y Problemática legal de las IEC en la normativa vigente, en Anuario Derecho internacional, - Pamplona, cit.; pág. 107.

(160) Señala COLOMES (Le droit de l'établissement et des investissements dans la CEE, Paris, 1.971; pág. 200) que la expresión económica de la inversión no corresponde a ninguna realidad jurídica particular, porque puede referirse a muy variadas operaciones, como la emisión, la compra y la venta de títulos, la compra de bienes y derechos inmobiliarios, los préstamos, la adquisición y cesión de derechos de propiedad industrial, o la creación o toma de control de una unidad de producción industrial o comercial. Pero la adquisición de una parte más o menos impor-

La distinción en el caso de la participación accionaria se basa, por tanto, principalmente (161), en un elemento intencional, difícilmente perceptible -- (162) salvo la adopción de actitudes externas claramente definitorias de que el sujeto se propone actuar como titular "efectivo" de su inversión.

No obstante, estimamos que el concepto re quiere una atención específica.

La doctrina italiana identifica el contenido del art. 2º de su ley de 7 de febrero de 1.956 con las denominadas "inversiones de cartera o portfolio". -- Se refiere dicho precepto al supuesto de que la inversión del contravalor en liras de capitales extranjeros introducidos en Italia de las formas previstas en el -- art. 1º (IED), "no sean destinados a la creación de nuevas empresas productivas o a la ampliación de las análogas ya existentes". A tenor de éste concepto legal es -- el "destino" de los fondos invertidos el que caracterizará a la inversión como de Cartera o como Directa. El elemento intencional del inversionista queda minimizado, porque en muchos supuestos en que su intención no sea -- otra que la de obtener unos determinados beneficios eco

tante del capital de una empresa no implica necesariamente la voluntad del inversionista de actuar sobre las estructuras o de influenciar la política de la empresa participada. Estas operaciones pueden responder tan solo a operaciones financieras de colocación, que son las "inversiones de cartera".

- (161) Otros criterios de distinción nos suministra REUBER (Private Foreign Investment in Development, Oxford, 1.973; págs. 53-54): Las IED son específicas, mientras las IEC son generales; las IEC implican, normalmente, la sola transferencia de capital; las IED suelen acompañarse, además, de otros factores auxiliares (tecnología).
- (162) "Nada distingue exteriormente las inversiones de -- cartera de las inversiones directas" (COLOMES, Le - droit de l'établissement, cit.; pág. 201).

nómicos (conocidos de antemano), lo que calificaría su inversión como de cartera, el destino dado a sus fondos por el receptor de los mismos hace cambiar el estatuto bajo el cual se hizo la aportación (163). Ello parece incongruente. Más claro se presenta, sin embargo, el -- aplicar el criterio de "empresa productiva o no" para -- atribuir uno u otro carácter a la inversión. Si se trata de adquisición de títulos de renta variable de empresas legalmente consideradas no productivas, la IE en -- ellas efectuada es, desde luego, de cartera. Pero tal -- idea reclamaría un tratamiento pormenorizado de cada -- operación de inversión, incompatible con la celeridad -- que requieren éstas operaciones dado su ingente volumen (164).

En el derecho especial francés no encontramos un concepto claro de las IEC, por lo que es preciso inducirlo de algunos preceptos aislados que, más o menos directamente, se pueden referir al tema. Así, en el D. nº 67-78 de 27 de enero de 1.967, el art. 2º en el último apartado del nº 3º señala que "en ningún caso será considerada como IED la sola participación, que no exceda del 20% del capital de una sociedad, cuando los títulos sean cotizados en Bolsa". En el mismo texto legal (Sección IV, art. 6º), al establecer la necesidad de autorización previa para determinadas operaciones de préstamo (a través de la emisión de "empréstitos") seña

(163) En el caso de títulos/acciones, si la Sociedad hace una emisión, para con los fondos obtenidos ampliar o modernizar sus instalaciones productivas, la inversión será "directa"; si los fondos se emplean para obtener liquidez o efectuar operaciones financieras, la inversión sería de "cartera". En ambos supuestos el inversionista se limita a suscribir los títulos sin especificación de clase alguna.

(164) Por ello el art. 1º del Reglamento dictado para desarrollar la ley de 7-II-1.956, con fecha 6 de julio del mismo año, señala que tipos de empresas se entenderán incluídas bajo el epígrafe de "productivas".

la como sujetos al régimen de las IED una serie de conceptos (165) que nos podrían revelar a "sensu contrario", - los que cabría aglutinar bajo el epígrafe de IEC. Así, - los empréstitos contratados por personas físicas o morales, públicas o privadas, que tengan su residencia habitual o su sede en Francia, o por los establecimientos en éste país de personas morales que tengan su sede en el extranjero, con instituciones internacionales, personas físicas o morales, públicas o privadas, que tengan su residencia habitual en el extranjero, o con establecimientos en el extranjero de personas morales que tengan su - sede en Francia.

No obstante, la equiparación que se ha-
ce en las normas francesas entre empréstitos/^{y préstamos}ordinarios.
(arrete 9-VIII-1.977, art. 2º, apdo. 27) creemos que for-
zaría un tanto la adscripción de ésta última categoría a
la de IEC. Posteriormente volveremos sobre la cuestión.

Por lo indicado, estimamos que en el De
recho francés tan solo son IEC las operaciones de adqui-
sición de títulos de renta variable que no produzca el -
efecto de toma de control de la sociedad que los emite -
(166). La exigencia de que los títulos sean cotizados en

(165) Así, los empréstitos y préstamos a que se refiere el apartado 11, título 1º de la Circular de 26 de julio de 1.974, que hemos examinado al tratar de las IED; los empréstitos contratados por los Bancos y establecimientos de crédito autorizados por el Ministro de Finanzas y los que se realicen de acuerdo con las condiciones que, según los casos, fije el propio Ministerio (art. 6º, apartados 2º y 3º del D. nº 67-78).

(166) Señala COLOMES (Le droit de l'établissement et des investissements dans la CEE, cit.; pág. 211), refiriéndose al derecho francés, que no debe estimarse que una participación en el capital superior a 20% deba ser obligatoriamente considerada como aseguradora del control de la Sociedad y, por tanto, una IED. El término "control" implica en si mismo el - dominio efectivo de una Sociedad por otra y la existencia de una relación de subordinación de la primara o la segunda.

Bolsa añade un elemento más a tener en consideración, pero creemos que su carácter es secundario, pues tal circunstancia ni añade ni quita riesgo alguno al posible control de la sociedad participada.

En el Código de liberalización de movimientos de capital, de la OCDE, encontramos una enumeración de operaciones que, por oposición al concepto de la IED que contiene, han de estimarse incluídas en la rúbrica de las IEC. A tenor de su Anexo A, Lista A, IV y V, pueden considerarse como tales la compra y venta de acciones y demás títulos que tengan carácter de participación y de obligaciones, siempre que -en ambos supuestos- se negocien en Bolsas o mercados de valores, reconocidos oficialmente como tales en el país miembro, estén admitidos o no a cotización oficial (Lista B, IV, 3 y 4) y la adquisición y venta, fuera de Bolsa o mercado reconocido, de títulos de organismos de inversión colectiva (Sociedades de cartera y Fondos de Inversión Mobiliaria), siempre y cuando las transacciones se efectuen con intervención de agentes o funcionarios del país en que se formalice la operación y ésta se realice al contado (167). De éste texto deducimos las siguientes notas que adornarían el concepto de IEC: - 1ª) las inversiones se materializan en la tenencia, por parte de su titular, de una serie de documentos transmisibles en mercados organizados para su negociación, y 2ª) - que se refieren tanto a títulos de participación directa o indirecta (instituciones de inversión colectiva)- en el

(167) Se entiende por operación al contado -a éstos efectos- aquella en que el pago y la entrega de los títulos tiene lugar en la fecha de la operación o -- hasta la próxima fijada para liquidación por el Reglamento de la Bolsa donde se ha efectuado la transacción (Código OCDE, Tit. V, art. 21, ix). Con ésta prescripción parece que quiere evitarse que se conceptuen como operaciones de IE aquellas que por sus especiales características (plazo) tienen otras finalidades más acusadamente especulativas.

capital de las Sociedades, como a títulos de renta fija.

En la primera directiva de la CEE para regular la libertad de circulación de capitales (11 de mayo de 1.960, completada por la 2ª Directiva de 18-XII-1.962) se establece un doble régimen de liberalización -- en cuya enumeración se incluyen entre otras, las IED, -- las IE de carácter inmobiliario y las de adquisición por no-residentes de títulos nacionales negociados en Bolsa --excepto participaciones en fondos de inversión mobiliaria-- (todos los cuales se liberan incondicionalmente) y la emisión de títulos de empresas extranjeras en mercados nacionales de capital, o la adquisición por no-residentes de títulos nacionales no cotizados o de participaciones de fondos de inversión mobiliaria, la concesión y reembolso de créditos a medio y largo plazo, etc. (liberalización condicionada). Esta clasificación de las diferentes modalidades que pueden revestir los movimientos -- de capital puede servir de base para que, siguiendo los criterios de la OCDE, podamos establecer, igualmente, -- las características de una noción válida de IEC.

A nuestro entender de las disposiciones señaladas pueden deducirse las siguientes consecuencias de carácter conceptual:

- 1ª) Son IEC las materializadas en títulos valores sustancialmente negociables en mercados organizados con -- tal finalidad (Bolsas oficiales, mercados reconocidos) (168).

(168) GILLES (L'Investissement international, cit.; pág. 11) distingue según ya expusimos, en base a éste -- matiz, dos nuevas categorías de IE a las que denomina "IE de mercado" (que se efectúan mediante operaciones en un mercado financiero organizado) e -- "IE hors marché" (que no se formalizan a través de aquel cauce, como sucede, por ejemplo, con las operaciones de IE de carácter público y, aún, las IED).

2ª) Son IEC todas las operaciones en que el capital extranjero ingresa en el país, no a título de partícipe en el capital de una Sociedad, sino a título de acreedor de ésta, a medio o largo plazo.

3ª) Son IEC cuantas operaciones de capital exterior se materialicen en títulos/acciones, pero que, en ningún caso, confieren al titular una "posibilidad efectiva" de influir sobre la marcha de la Sociedad.

Si las dos primeras características apuntadas pueden admitirse fácilmente, ya resulta más problemática la aceptación de la última porque la "posibilidad efectiva" no es fácilmente perceptible en algunos supuestos, según se ha indicado con anterioridad (169).

La doctrina extranjera se ha ocupado poco de éste tema, y la que lo ha hecho ha sido, preponderantemente, italiana.

En Francia, COLOMES (170) se limita a señalar que las IEC están generalmente representadas por la compra de títulos, ordinariamente en Bolsa (es decir, se excluye la adquisición por suscripción), o por la conce--

(169) Como señala ROGGERO-FOSSATI (I movimenti internazionali di capitale, Milán, 1.972; pág. 13) el requisito del "control" es en muchos casos indeterminado y depende de la situación específica existente en una empresa.

(170) Le droit de l'établissement et des investissements dans la CEE, cit.; pág. 201. Al no incluir entre la IEC los créditos a medio y largo plazo está reforzando nuestra interpretación de los textos legales franceses.

sión de préstamos a corto plazo.

En la doctrina italiana BAELI (171) comprende bajo la denominación de IEC (IE de "portafoglio") "todas las inversiones que tienen por finalidad la adquisición (o suscripción) de valores mobiliarios de renta fija o variable, como obligaciones, títulos del Estado o acciones".

Al comentar su propio concepto establece BAELI una distinción importante. Por una parte, señala que las inversiones de capital efectuadas al adquirir o suscribir títulos/obligaciones debe ser consideradas siempre como IEC en el sentido de que, siendo tales títulos representativos de préstamos en condiciones preestablecidas, con la obligación de reembolso por parte de la Sociedad emitente, con plazos fijos y modalidades establecidas con antelación para el capital e intereses, éstas inversiones no pueden cambiar su naturaleza de préstamo para ser consideradas como inversiones directas en el sentido en que las mismas son concebidas por el art. 1º de la Ley italiana de 1.956, excepto en el supuesto de que se trate de obligaciones convertibles. No obstante, si recordamos que el texto italiano se refería a la finalidad "productiva" de la IED, no dejaría de suscitar dudas el carácter de una inversión en títulos/obligaciones cuando el importe de la emisión se destinase a la "ampliación o modernización" de las instalaciones productivas de una empresa. Incluso en ésta hipótesis, el autor italiano, estima inaplicable la calificación de IED porque -dice- "el capital exterior invertido lo es solo a título de financiación pura y simple, de préstamo, sin participación en el riesgo de la empresa. Este último elemento, es decir, el no participar en el riesgo de la empresa, es determinante en la

(171) Investimenti e finanziamenti esteri in Italia, cit.; págs. 37 y ss.

calificación de la aportación del capital, cualquiera - que sea la finalidad o el destino de los capitales aportados".

En segundo lugar apunta BAELI la posibilidad de un doble tratamiento jurídico para las inversiones en títulos/acciones. En efecto, si atendemos al elemento intencional como base de la distinción entre IED e IEC será difícil establecer la barrera de donde una inversión se efectúa con una finalidad y a partir de cuando se produce el cambio. Cuántas veces la adquisición de acciones en Bolsa de inicia como operación típica de cartera y al cabo de un cierto tiempo puede encontrarse incluida entre los supuestos legales que configuran la IED. Ello pone de manifiesto una quiebra evidente del elemento diferenciador generalmente admitido, en el supuesto que comentamos.

Tal vez en lo indicado encontremos el fundamento de por qué en algunas legislaciones no se admite distinción alguna en IED e IEC, autorizándose con carácter general que la inversión en acciones se pueda efectuar tanto en Bolsa como fuera de ella (así, la ley mejicana de 16-II-1.973 y sobre todo su Reglamento del Registro Nacional de IE, de 11-XII-1.973, en sus capítulos VI y VII, arts. 37 y ss.). En la Decisión 24 del -- Pacto Andino encontramos un precepto singular que merece ser subrayado. Dice el art. 3º que los países miembros "tampoco autorizarán IED destinada a la adquisición de acciones, participaciones o derechos de propiedad de inversionistas nacionales" exceptuándose de la prohibición "las IED que se hagan en una empresa nacional para evitar su quiebra inminente" (172). La interpretación -

(172) Para que actúe la excepción al principio general - se requiere: 1) que exista una situación de quiebra inminente; 2) que se refiera a una empresa na-

de ésta disposición no creemos que sea fácil porque la redacción del precepto no es clara. Si se trata siempre de sociedades anónimas ¿que quieren significar las expresiones "participaciones o derechos de propiedad"? ¿Puede pensarse en los partes de fundador, bonos de disfrute, etc.? Esto no parece adecuado por las mismas características de los valores mobiliarios citados; ¿se refiere al hablar de "derechos de propiedad" al expectante del obligacionista ante la quiebra inminente de la sociedad? Tampoco creemos acertada ésta idea. El hecho de que se precise previa autorización parece que excluye el cauce bursátil como mecanismo de transferencia de los títulos. En fin, tal vez se trate de un precepto que pretenda prohibir cualquier tipo de IEC, y - que ha sido poco afortunado en su texto.

A nuestro entender gran parte del confu-sionismo existente en la materia deriva de una distinción basada en dos elementos conceptuales difícilmente coordinables en el caso de la adquisición de títulos/ acciones: el "control" y el "instrumento" de la adquisición; no nos referimos a la forma o modalidad jurídica.

En efecto, se puede decir que cuando la aportación de capital extranjero se efectúa por "medio" de la Institución del mercado de valores organizado, la IE sería de cartera. Si ésta adquisición procura un -- cierto grado de control sobre la sociedad, la IE ha de

cional (no a una empresa mixta ni extranjera); 3) que la empresa nacional esté constituida bajo la - forma de S.A.; 4) que se conceda previamente la opción de compra a inversionistas nacionales o de los demás países del Pacto; 5) que exista autorización administrativa para efectuar la tramitación, y 6) que la tenencia de los títulos sea por un plazo limitado (art. 3º).

calificarse de directa. Esto no parece lógico por la propia indefinibilidad práctica del término "control" según ya se ha expuesto.

Por ello entendemos que, puestos en el obligado trance de mantener la clasificación entre IED e IEC, ésta última categoría, para no suscitar dudas en la interpretación de su campo de aplicación, deberá incluir solamente las IE en las que -cualquiera que sea el "medio" o canal por el que se realicen, Bolsa o fuera de ella- adopten una "forma" jurídica que impida en todo caso la posibilidad de obtener el "control" o un "cierto grado de control" de la sociedad a la que se aportan los fondos.

En éste sentido, se podría concluir señalando que son IEC las operaciones en virtud de las cuales, el titular extranjero pretende obtener un rendimiento que, dependiendo o no directamente de la evolución de los negocios sociales, en ningún caso supongan la posibilidad de obtener un control total o parcial de éstos.

A diferencia del trato general dispensado a las IED, la modalidad de IEC no ha sido admitida en gran parte de los países, sin duda por consideraciones de muy diversa índole: en unos casos por falta de mercados de valores organizados (numerosos países tercermundistas), en otros, tal vez por estimar que se trata de operaciones puramente especulativas, no faltará quien piense que será mejor efectuar éstas operaciones directamente en los mercados financieros exteriores ya organizados, etc.

Por ello, repasando el Derecho comparado, se puede establecer a éste respecto una triple clasificación de los países:

1º) Países que, en ningún caso, admiten las IEC, bien porque no existen mercados de valores o Bolsas (Argelia) o bien, porque no admiten la materialización de la IE en títulos libremente negociables a favor de inversionistas extranjeros (países del Pacto Andino) (173) o el Brasil hasta fechas muy recientes (174).

2º) Países que, por el contrario, mencionan expresamente la tenencia y adquisición de títulos negociables previamente circulantes como forma específica de IE, como sucede en la República del Congo (175) o en Suvinam (176).

3º) Países que admitiendo éste último criterio -expresa o tácitamente- lo matizan de la siguiente forma:

1. Consideran que las IEC constituyen una modalidad sui generis y digna de un trato legal excepcional y diferenciado, como es el caso actual del Brasil - (177).

(173) Vid. OLIVER C.T., "The Andean foreign Investment Code: a new phase in the quest for normative order as to direct foreign investment", en American Journal of international Law, oct. 1.972, Vol. 66, nº 5, págs. 763 y ss. y SCHLIESER y FIGUEROA, Restricciones a la IE en el mercado común andino, cit.

(174) Hasta fechas recientes las opiniones acerca de la -- participación del capital extranjero en el mercado -- secundario de capitales eran contradictorias. Algunos señalaban que ésta medida representaría un estímulo suplementario extraordinariamente benéfico, mientras otros subrayaban sus aspectos negativos. (Vid. RIO DE JANEIRO STOCK EXCHANGE, "Capital Market and Foreign Resources in Brasil" en Informes, junio 1.972; págs. 4-6).

(175) Código de inversiones de 26 de junio de 1.969.

(176) Ordenanza de 26 de febrero de 1.960.

(177) En el Brasil la polémica existente sobre IEC se ha -- zanjado provisionalmente, al admitirse de una forma indirecta en las recientes disposiciones dictadas: -- D.L. nº 1401 de 7 de mayo de 1.975, Resolución nº --

puesto de que estas impliquen la participación en la sociedad nacional a título de socio o accionista, deshechan do el supuesto de los préstamos o créditos exteriores. -- Tal es el caso del Dahir marroquí de 31-XII-1.960, la ley de 29-XI-1.959 del Irán, la ley nº 1 de 10-I-1.967 de Indonesia, o del D. 283/77 argentino (art. 4º).

b) Clasificación de las IEC.

Del concepto que hemos avanzado de las IEC, ya se podría deducir una primera clasificación de las mismas, según que la evolución de los negocios sociales pueda o no influir directamente sobre los resultados pecuniarios de la inversión. Así distinguiríamos entre IEC "propias" (adquisición de obligaciones y títulos de renta fija) e IEC "impropias" (adquisición de participaciones de Fondos de Inversión Mobiliaria o de acciones de sociedades de cartera).

También cabría señalar, desde otro punto de vista, las diferencias entre IEC materializadas en títulos/valores susceptibles de ser negociados en un mercado organizado e IEC realizadas mediante la obtención de fondos a título de préstamo y crédito formalizados en instrumentos comerciales no negociables.

323, Circular nº 253 del Banco Central de Brasil. -- Con ello se desarrolla la expectativa legal contenida en los arts. 45-48 de la ley nº 4728 de 14 de julio de 1.965. El sistema admitido por las disposiciones dictadas acepta la creación de unas Sociedades de inversión mobiliaria de tipo especial, cuyas participaciones pueden ser detentadas por no residentes en Brasil, pero no admite en absoluto la posibilidad de adquisición de valores brasileños directamente -- por el capital extranjero.

En otros países, como Argentina o Chile, el tema es también objeto de controversias, que se han tratado de zanjar sobre la base del principio general del Derecho "lo que no está expresamente prohibido, está permitido". Pero, aún ello, con dudas y vacilaciones. Nos remitimos, para Argentina, a BOMCHIL M., La compra de acciones en los mercados de valores por inversores extranjeros, en Rev. La Bolsa, Buenos Aires, 1978, nº 49, pág. 8; en el caso de Chile a la Circular número 1.104, de la Bolsa de Comercio de Santiago, 16-noviembre-1977.

a) Concepto de la IE Crediticia.

En algunas legislaciones extrangeras se establece, junto a las modalidades de IED e IEC, una tercera variedad consistente en la concesión directa de créditos por parte de inversionistas (acreedores) extranjeros a las personas o sociedades nacionales. La formalización de éste tipo de financiación se efectúa directamente entre el prestamista de los fondos y el deudor nacional, suscribiendo una póliza o documento similar.

Si recordamos la clasificación anteriormente expuesta de las IEC, observaremos como ésta variedad de IE Crediticia se asimila a una de las categorías allí designada como operaciones de concesión de préstamos y créditos "formalizadas en instrumentos comerciales no -- negociables" en mercados organizados. Esta identifica-- ción nos puede llevar a la conclusión de que no parece factible la consideración de las IE Crediticias como -- una variedad "independiente" de IE, y hasta cierto punto podría ser admisible tal criterio.

No obstante, se observa que ciertas normas especiales de diferentes países individualizan claramente ésta modalidad. La ley italiana de 7-II-1.956 es concluyente ya que, después de referirse a las IED (art. 1º) y las IEC (art. 2º) alude específicamente a las operaciones que consistan en "contraer, bajo cualquier forma, préstamos en el extranjero" (art. 6º). De la misma forma el derogado Estatuto chileno de 11 de julio de -- 1.974, dedicaba todo su Título III (arts. 20 y ss.) a los "créditos externos" concedidos a las sociedades chilenas.

En las normas francesas la cuestión presenta menos claridad. Recordemos como, a tenor del "arrête" de 26 de julio de 1.974, se consideran IED "los préstamos y anticipos concedidos, directa o indirectamente, a una sociedad francesa bajo control extranjero por -- sus socios o accionistas no-residentes o por empresas extranjeras del mismo grupo" (apdo. 11, b). Por otra parte el D. nº 67-78 de 27-I-1.967 se refiere en general (art. 6º) a los "empréstitos contratados bien por personas físicas o morales, públicas o privadas, que -- tengan su residencia habitual o su sede social en Francia ..." debiendo equipararse en este caso, el término "empréstito" con el de "préstamos", según se desprende del apdo. 27 del art. 2º del "arrete" de 9-VIII-1.973, por el que se fijan las modalidades de aplicación del D. nº 68-1021 de 24-XI-1.968, que regula las relaciones financieras con el extranjero. De los preceptos reseñados parece deducirse una conclusión semejante a la que más claramente establecen las disposiciones italianas y, en consecuencia, recapitulando, podría admitirse que en el Derecho francés son IED las que impliquen -bajo cualquier modalidad- la "toma de control" -de la sociedad; son IEC las que se formalizan mediante la adquisición en Bolsa de títulos/acciones cuya posesión no lleve aparejada la "toma de control" y son IE Crediticias todas las operaciones que impliquen endeudamiento de la sociedad sin pérdida de su independencia respecto al capital extranjero. En éste último término se incluirían tanto la emisión de obligaciones y títulos similares -empréstitos- como la concesión de préstamos ordinarios de cualquier clase y modalidad.

Una parte de la doctrina italiana (178), tra

(178) SEGRE, "Emissione obbligazionarie estere sui mercati Europei. Obiettivi, condizioni e forme dell'evoluzione attuale", en Riv. Moneta e Crédito (1.964), págs. 3 y ss. FEDE (gli investimenti esteri, cit.; págs. -

tando de ser excesivamente consecuente con la distinción legal, incluye dentro de la categoría que examinamos todas las IE que no impliquen participación en sociedades -productivas (IED) o no (IEC)- y cualquiera que sea la -modalidad jurídica que revista la operación (préstamo or dinario, emisión de un empréstito, etc.). Con ello está adoptándose un criterio en cierto modo similar al fran--cés. De la lectura de otro autor (179) cabría señalar, -que tal asimilación puede resultar excesiva, pues en el art. 2º de la ley de 7-II-1.956 (IEC) se hace referencia a la transferencia al exterior de "intereses y utilida--des efectivamente percibidas" términos que, sobre todo -el primero, ha de referirse al endeudamiento de las so--ciedades, mientras que el art. 6º (IE Cred.) alude a --"préstamos en el extranjero". No obstante hemos de reco--nocer en favor de la primera interpretación que en el --mismo art. 6º se habla indiscriminadamente de "contraer (los préstamos) bajo cualquier forma", lo que da pié pa--ra incluir, también aquí, la emisión de empréstitos y --otros títulos de renta fija negociables en los mercados de valores.

Ante la carencia de mayores elucubraciones --teóricas nos parece lógico pensar que las dudas y contro--versias surgidas en la doctrina, fruto, tal vez, de la -propia imprecisión legal, tienen su fundamento en la ne--cesidad de acoplar a viejos y consagrados esquemas de --clasificación, las nuevas modalidades y formas que ha adquirido la IE en la actualidad. Por ello, sin tratar de abrir nuevos derroteros, siempre podemos encontrarnos su

113 y ss.) al examinar éste tema y diferenciar entre IE reales (aquellas en las que se produce una trans--ferencia "real" de riqueza desde un sistema económi--co nacional a otro) e IE de carácter "crediticio", -incluye dentro de ésta categoría última la realizada mediante adquisición no sólo de títulos/obligaciones sino de títulos/acciones.

(179) BAELI (Investimenti e finanziamenti esteri in Italia,
cit.; págs. 37 y ss. y 75 y ss).

mientos en la confusión y la duda.

A tenor de cuanto llevamos escrito, se comprenderá que es difícil la distinción entre IEC e IE Cred. -- porque, en el fondo, las dos modalidades tienen una misma finalidad: allegar fondos exteriores bajo un mecanismo de aportación crediticia que rechaza toda idea de participación en la marcha y control de la sociedad receptora de los recursos. ¿Qué criterio formal podría, entonces, servirnos para diferenciar las IEC y las IE Cred.? En la obligación de tener que admitir esta modalidad de IE, no dudaríamos en poner el acento sobre la idea de la "negociabilidad" del título en que se ha formalizado la operación crediticia. Si la "negociabilidad" es inherente, por su propia esencia, al documento (obligaciones, bonos, etc.) hablaríamos de IEC; si tal negociabilidad es más problemática, la IE ha de calificarse como "crediticia" (180). Admitido este criterio, la IE Cred. podría -- aparecer como una categoría especial de la IE; rechazado, desaparecería su pretendida independencia y pasaría a -- convertirse en una variedad más de las IEC, resultado que, por otra parte, no nos parece que se alcance de una forma excesivamente forzada.

Si se admite su propia sustantividad, la IE -- crediticia vendría a identificarse con las operaciones -- en virtud de las cuales el inversionista extranjero aporta fondos a la sociedad nacional a título de acreedor, -- sin que ello suponga inicialmente la posibilidad de adquirir el control total o parcial de ésta, y cuya formalización se realiza en títulos esencialmente no negociables.

(180) PAZOS denomina a este tipo de inversiones incorporadas a documentos no negociables "contractual investment", diferenciándolas de las IED y de las IEC (The role of international movements of private capital - in promoting development, en obra colectiva: Capital movements, Londres, 1.970; págs. 186-187).

b) Clasificación de las IE Crediticias.

Una clasificación de las operaciones de IE Cred. se acomodaría, esencialmente, a las modalidades jurídicas que puede revestir el endeudamiento de la Sociedad: IE -- Cred. bajo la forma de préstamo o de cuenta de crédito; -- por la forma de documentarse (letras de cambio o documentos análogos (181), contratos o pólizas), con aval del Estado u otros organismos públicos o de carácter ordinario, garantía hipotecaria, etc.

2.2. LA CLASIFICACION EN LAS NORMAS ESPAÑOLAS.

A) LA CLASIFICACION EN LAS NORMAS DEROGADAS.

a) Ley de 24 de noviembre de 1.939.

Con anterioridad a la publicación del D.L. de 27-VII-1.959 la doctrina patria se ocupó muy poco de glosar las normas legales específicas contenidas, principalmente, en la ley de Ordenación y Defensa de la Industria nacional de 24-XI-1.939 (182), limitándose más que nada a examinar todo el cúmulo de disposiciones dictadas con

(181) Si tenemos en cuenta que la Letra de cambio es un título creado esencialmente para circular y, por tanto, fácilmente negociable, su adscripción a las IE de -- crédito resultaría como hemos apuntado con anterioridad, incluso, problemática. Pero es que la "negociabilidad" a que nosotros pretendemos referir la dis--tinción entre IEC e IE de Crédito se refiere -esen--cialmente- a la posibilidad de transmisión en un mercado de valores organizado.

(182) Un examen relativamente pormenorizado de la ley de 24-XI-1.939 puede encontrarse en GIMENEZ-ARNAU E., "Constitución de Sociedades con aportación de capi--tal extranjero" en Rev. Derecho Notarial, Madrid, año VII, nº 23, enero-marzo 1.959; págs. 33 y ss.

carácter de urgencia en los tres años anteriores y que más que a la IE propiamente dicha, se referían a la defensa del valor adquisitivo de nuestra moneda y al control de cambios (183). Por ello, es curioso observar - como la ley de 1.939 y concordantes ha sido objeto de mayor atención y comentario por algún autor que ha estudiado el tema a partir de la publicación de las normas emanadas en los años 1.959 y siguientes.

Tanto en ésta disposición de 1.939 como en - otras del mismo signo que le precedieron (184) y siguieron (185) no se apuntan criterios terminantes de clasificación de las IE ni, por supuesto, se contemplan conceptos o modalidades claramente diferenciadoras en las mismas de las "clásicas" variedades de IED, IEC e IE - Cred. No obstante, algunos "signos" nos permiten adivinar que, en dicho texto legal principal, cabría identificar:

-
- (183) UBIERNA J.A., Régimen legal español de la moneda - extranjera; Madrid, 1.942; PEREZ VITORIA O., "Los delitos monetarios y su reflejo en la contratación civil y mercantil" en Ciclo de Conferencias del Colegio Notarial; Barcelona, 1.944; págs. 125 y ss. SIMARRO A., "Consideración jurídica de los extranjeros en la vida mercantil española", en Ciclo de Conferencias del Colegio Notarial; Barcelona, 1.944; págs. 203 y ss.
- (184) Ley de 26-III-1.908 y 12-VIII-1.912 (ferrocarriles); ley 14-V-1.908, R.D. 2-II-1.912 y R.D. 27-XII-1.929 (seguros); ley de 14-VI-1.909, R.D. 20-III-1.928 y R.D. 11-VI-1.930 (industria pesquera); ley de 13 de junio de 1.916 (sociedades navieras); R.D. 25-XI-1.919 (navegación aérea); R.D. 14-VI-1.921 y ley 7-VI-1.938 (minería); Reglamento 13-VI-1.922 (Bancos); R.D. 28-VI-1.927 (Campsa); D.L. 28-VII-1.931, ley 23-X-1.935 y D. 28-II-1.936 (inmuebles); D. 8-XII-1.932 (radiodifusión); ley 24-X-1.939 (protección industrias de interés nacional) etc.
- (185) Ley 20-XII-1.952 y 16-XII-1.954 (seguros); ley 27-XII-1.947 (navegación aérea); ley 19-VII-1.944 y - OM 31 de octubre de 1.956 (minería); ley 11-VII-1.941 (Banca); D. 22-V-1.956 (radiodifusión); ley 26-XII-1.958 (hidrocarburos); ley 27-IV-1.946 (cinematografía); etc.

1) Las IED al hacer referencia explícita a la "industria", término equiparable al de "empresa productiva" que utilizara años después la ley italiana de 1.956 y contemplara el D.L. español de 27-VII-1.959 (186).

2) Las IEC formalizadas mediante la adquisición de títulos de renta variable, si aplicamos el moderno criterio del "control" de la sociedad, toda vez que, a tenor del apdo. a) del art. 5º, "el capital social activo será propiedad de españoles en sus tres cuartas partes, como mínimo" y la cuarta parte restante "podrá admitirse como inversión de capital extranjero" (187).

No obstante, al comenzar el art. 5º señalando que "de manera especial, aplicable a las nuevas industrias" se establecen las condiciones indicadas (3/4 partes nacionales y 1/4 parte extranjera) nos hace pensar - que, aún en éste supuesto, la IE se producía en el momento de constitución de la sociedad y, por ese sólo hecho, habría de calificarse como IED. Pero ésta duda se desvanece al contemplar el párrafo tercero del art. 6º de la misma ley, en el que se prevé la posibilidad de ulterior

(186) El art. 2º de la Ley de 1.939 establece que "a los efectos de la presente Ley, se entiende por industria toda actividad económica desarrollada con alguna de las finalidades siguientes: a) Generación, transporte, transformación, distribución y aplicación de la energía mecánica, química, eléctrica o térmica. b) Obtención de productos mediante operaciones manufactureras o fabriles que tengan por base procedimientos mecánicos, químicos, eléctricos o mixtos. c) Prestación de servicios de utilización pública basados en alguna de las industrias comprendidas en los anteriores apartados".

(187) El criterio del "control" se hace también patente en el apdo. c) del art. 5º de la ley: "en la decisión de los asuntos sociales, cualquiera que sea la forma jurídica de la entidad, las tres cuartas partes, al menos, de los votos han de corresponder a españoles".

3) Las IEC por medio de la adquisición de - títulos de renta fija, en el art. 5º, apdo. a), párrafo 2º, ya que se autoriza la emisión de obligaciones, aunque de características muy especiales (189).

Al examinar la doctrina posterior el alcance de las normas dictadas en 1.959, se plantea la duda - de si éstos se refieren solamente a las "industrias" de la ley de 1.939 o a toda clase de "empresas". Con ello puso en evidencia una clasificación aceptada implícitamente por las normas de 1.939: IE en empresas industriales e IE en empresas comerciales, lo que, en parte, tam

(188) "En las industrias (salvo las referidas a la Defensa nacional) que estén jurídicamente organizadas - como sociedades por acciones, cualquier emisión de títulos de soberanía que se realice en lo sucesivo se dividirá en dos partes: una, igual a los tres - cuartos de la emisión, que no podrá ser transferible a extranjeros; otra, igual al cuarto de la emisión, que estará exenta de la expresada limitación. La condición de transferible o intransferible a los extranjeros, de los títulos, se consignará en ellos de modo visible. La transmisión de títulos o participaciones en industrias a extranjeros, dentro de - las condiciones de esta Ley, se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el número dieciocho del - art. 1º de la Ley penal de delitos monetarios".

(189) "Con independencia de la participación en el capital activo, el Estado podrá autorizar a las empresas acogidas a los beneficios de esta Ley para -- concertar la adquisición de maquinaria, herramental, patentes, privilegios y planos de procedencia extranjera necesarios para la implantación y desarrollo de la industria de que se trate, por su valor justamente apreciado, en moneda del país de - origen y en forma de obligaciones de la Empresa, amortizables en un período no inferior a diez -- años, siempre que estas aportaciones no excedan - del veinte por ciento del capital social. El Estado podrá garantizar al capital acciones suscrito por extranjeros, en divisas cotizadas en España o en utilillaje, la extracción en las mismas divisas de un porcentaje del beneficio anual acordado de manera general, así como también las correspondientes a la amortización e intereses que se hayan establecido para las obligaciones a que se refiere el párrafo anterior".

bien coincide con la distinción operada por las leyes italiana y española de 1.956 y 1.959. A las primeras se aplicarían en su integridad las disposiciones de la ley de 24-XI-1.939, mientras que en las segundas la liberalización de la IE era absoluta (190).

En el régimen anterior a 1.959 se admitía, por supuesto, la diversificación entre IE de carácter general y de tipo especial, incluyendo en éstas las adquisiciones de bienes inmuebles (191).

Las IE Cred. podrían relacionarse con el apdo. o) del art. 5º del D. de 24 de noviembre de 1.939 (Estatutos del desaparecido IEME) a tenor del cual "es operación propia del Instituto autorizar la obtención de créditos - en divisas".

b) Precedentes legales inmediatos del régimen vigente.

A partir de la publicación del D.L. de 27-VII-1.959, comienza la doctrina española a ocuparse de la clasificación de las operaciones de IE, utilizando principalmente el propio contenido de los textos legales para tratar de adaptarlo a la nomenclatura ya existente.

VILLAR (192) establece cuatro categorías de IE:

-
- (190) El tema no dejó de presentar dudas en su aplicación práctica. Sobre el carácter, por ejemplo, de las empresas de financiación de construcciones, - que eran efectuadas por otras empresas, nos remitimos a VALLET DE GOYTISOLO J., "Estudio de los problemas de las IE en el Derecho notarial español" - en Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XXII, 1.961; págs. 418-19.
- (191) Regulados por D.L. 28-VII-1.931; Ley de 23-X-1.935, Reglamento aprobado por D. 28-II-1.936, D. 24-XI-1.939 (art. 5º, apdo. m); D. 21-III-1.958; Ley 13-V-1.960; D.L. 22-III-1.962; OM de 21-VIII-1.962.
- (192) VILLAR PALASI J.L., La intervención administrativa en la industria, cit.; págs. 402 y ss.

1ª) las de tipo directo, por medio de las cuales se establecen relaciones a largo plazo y carecen de motivaciones especulativas (adquisiciones de inmuebles; inversiones-aportaciones a empresas españolas); 2ª) Inversiones de "segundo grado" por compra de valores de empresas españolas, se coticen o no en Bolsa; 3ª) Inversiones "indirectas" que abarcan, fundamentalmente, los préstamos y créditos en divisas, y 4ª) la prestación de asistencia técnica por firmas extranjeras a empresas españolas.

CARVAJAL (193), haciendo hincapié en el propósito de control o dominación, distingue entre IED e IEC a las que identifica como "inversiones indirectas" y considera como tales a las que "tienen lugar mediante transferencia de divisas de un país a otro para la adquisición de valores mobiliarios emitidos por empresas que radiquen en el país importador del capital".

PUIG ROJAS (194) conceptúa como IED aquellas en las que el inversionista extranjero queda ligado, y así lo quiere, a las incidencias favorables o adversas de la empresa en que invierte su capital e IE "indirectas" aquellas en las que "pierde, hasta cierto punto, como es lógico, éste interés para fijarse de modo más especial, en el resultado económico que, de forma periódica y -- preestablecida, le proporcionará su inversión" (195). Es

(193) CARVAJAL E., "IE en España", en Rev. Inf. Com. Española, Madrid; mayo, 1.963; págs. 115 y ss. Considera como IED las correspondientes a una transferencia de bienes materiales e inmateriales --maquinaria, patentes-- entre dos empresas radicantes en distintos países.

(194) "Régimen español de IE", en la obra colectiva Las inversiones de capital extranjero en España, Madrid, 1.960; tomo I, págs. 267 y ss.

(195) Según PUIG ROJAS, con la IED el inversionista adquiere la propiedad de algo nacional, mientras con la IE indirecta lo que adquiere es un derecho a una expectativa de derecho.

interesante anotar como éste autor incluye entre las IE "indirectas" la "concesión de préstamos".

CAMPILLO (196), incidiendo sobre los conceptos formulados por PUIG ROJAS, alude a las IE "indirectas" como las que el inversionista no queda ligado a -- los resultados favorables o adversos de la empresa en la que participa, ya que el resultado económico está previsto de antemano, incluso en lo relativo a la forma de percibir el beneficio o renta (197).

Utiliza de nuevo la nomenclatura de directas o indirectas FRAGUAS (198), para el cual, las últimas consisten en la "adquisición de valores mobiliarios que ya estaban anteriormente en circulación".

MARTIN MERINO (199) establece una clasificación muy original. Se refiere en primer lugar a las "inversiones directas en empresas", los "acuerdos de asistencia técnica y aportación de patentes y licencias" y a las "inversiones directas en Bolsa". Posteriormente - identifica la "inversión indirecta" con la concesión de créditos, públicos y privados.

GARCÉS BRUSES (200) distinguió entre las --

(196) Las IE en España, 1.850-1.950; Madrid, 1.963; pág. 6.

(197) CAMPILLO incluye como IE indirecta "los préstamos de cualquier clase, desde la suscripción de obligaciones a las complicadas fórmulas de crédito derivadas de suministros de maquinaria con pagos aplazados".

(198) "Inversiones de capital extranjero" en Rev. Derecho Notarial, Madrid, año XV, nº 55, enero-marzo - de 1.967, pág. 50.

(199) "Inversiones Extranjeras en España" en Anuario Jurídico Escorialense, San Lorenzo de El Escorial (Madrid), nº IV, 1.963; págs. 23 y 34.

(200) Régimen jurídico de las IE en España, cit.; págs. 48 y 237.

"inversiones-aportaciones", que tenían lugar cuando el capital extranjero accedía a la Sociedad española en el momento de la constitución de la misma o de ampliaciones posteriores de capital (suscripción directa) y las "inversiones por adquisición de valores" (inversiones-adquisiciones) que se producía una vez que los títulos estuvieren en circulación. En el primer caso -- existía un incremento en el patrimonio social; en el -- segundo se efectuaba una simple sustitución de socios o accionistas. A las primeras se las identifica plenamente con las IED.

GIL MENDOZA (201) se refiere solamente a dos modalidades de IE: las "directas", dirigidas a la creación, ampliación o modernización de empresas nacionales, y las "indirectas", efectuadas mediante la adquisición de títulos mobiliarios en el mercado de valores.

GARRIGUES WALKER (202) después de señalar -- los criterios diferenciales entre las distintas modalidades de IE, y de establecer la dicotomía IED e IEC -- (término en el que engloba toda IE realizada mediante la adquisición de valores mobiliarios, sin ningún otro matiz) --que acepta plenamente desde el punto de vista teórico-económico (203)-- estima que carece de trascen-

-
- (201) "Cuentas extranjeras; inversiones y transferencias; precisión de conceptos" en Rev. Derecho Notarial, - Madrid, año XV, nº 55, enero-marzo 1.967; págs. 212 y 216.
- (202) "La inversión de capital extranjero y su condicionamiento legal en España" en Rev. Inf. Com. Esp., mayo 1.963, págs. 85 y ss.
- (203) En el caso de la IED se produce un aumento de la cuota de ahorro y elevación del nivel de productividad y eficacia de las empresas. Por el contrario, las inversiones en la adquisición de valores responde únicamente a la finalidad del aumento de la cuota de ahorro, y ello de una manera indirecta, a través de la sustitución del ahorro nacional.

dencia en el terreno de la práctica, porque es difícil - en muchos casos conocer la verdadera intención del inversionista en orden al fin que realmente persigue. Las operaciones de crédito o préstamo, los contratos de asistencia técnica, la adquisición de inmuebles y las inversiones de carácter temporal y finalidad específica son, concretamente, otras formas de IE que no cabe encasillar en ninguna de las dos variedades principales indicadas.

LUCAS (204) identifica las IED con las que -- GARCES denomina inversiones-aportaciones, e "IE indirectas" para las que se producen mediante la adquisición de acciones, participaciones o cuotas sociales sin aportación a la Sociedad o, en general, mediante la adquisición de valores/mobiliarios de cualquier sociedad, entre los cuales no cabe olvidar los títulos-obligaciones u otros títulos de renta fija.

CIRERA y SAU (205), sin excesiva precisión, -- distinguen dos categorías de IE: las "directas" consistentes en "dinero, bienes de equipo, patentes, etc."; e inversiones "indirectas" que "a su vez, pueden adoptar -- la forma de adquisición de valores o de concesión de créditos a la exportación".

RODRIGUEZ SASTRE (206) admite la misma nomenclatura de IED e IE indirectas equiparando las primeras a las que con tal carácter conceptuaba la legislación -- italiana y las segundas con las que la doctrina extranjera identifica como IEC.

(204) LUCAS FERNANDEZ F., La contratación en España por -- extranjeros, Madrid, 2ª edición, 1.970; págs. 303 y 304.

(205) Obra colectiva dirigida por V. ABELLAN: Las N.U. y el Tercer mundo. La cooperación internacional para el desarrollo; Barcelona, 1.977; pág. 325.

(206) Las obligaciones en moneda extranjera, Madrid, 1.968; págs. 188 y ss.

MUÑOZ, ROLDAN y SERRANO (207) distinguen entre "inversiones en propiedad" (categoría en la que incluyen las IED, IEC e inversiones en inmuebles), e "inversiones en crédito" (que comprenderían los créditos comerciales, los préstamos Eximbank y los préstamos a empresas).

Como puede observarse, no existe ciertamente unanimidad entre los autores españoles, en lo que se refiere a la terminología y caracterización de las modalidades, que puede revestir la entrada de capital extranjero en nuestro país.

No obstante, superando las equívocas locuciones empleadas, se podrían reconducir las ideas expuestas por la doctrina a una serie de conclusiones que intentamos resumir a continuación.

1º) En la caracterización de las IED no existe una explícita referencia al criterio del "control", idea muy difícil de descubrir en la mayoría de los autores anteriormente citados. Fundamentalmente se hace hincapié en que el inversionista queda ligado, en los resultados de su inversión, al desarrollo y marcha de los negocios en los que efectuó su aportación, pero sin matizar la posibilidad de influir de alguna forma sobre ellos.

2º) Con relación a las IEC, según expusimos en otra ocasión (208) las ideas vertidas pueden sintetizarse de la forma que sigue:

2.1.) Las IEC se dice, son todas aquellas que

(207) La internacionalización del capital en España; Madrid, 1.978; pág. 69.

(208) Problemática legal de las IEC en la normativa vigente; cit.; págs.

se materializan en valores mobiliarios. Es evidente que criterio semejante peca de amplitud, y de ser sin más - aceptado borraría prácticamente las diferencias existentes entre la llamada IED y la IEC.

2.2.) Una segunda idea matiza la anterior: son IEC las que materializándose en valores mobiliarios, éstos han de poseer la cualidad esencial de estar siendo objeto de cotización en un mercado organizado (Bolsa, - principalmente), lo que posibilita, llegado el caso, su adquisición por cualquiera, con independencia de las -- cualidades personales del inversionista.

2.3.) Un tercer concepto, mucho más restringido, constreñiría el término a las IE materializadas en valores mobiliarios cotizados en mercado organizado oficialmente (Bolsa) y cuya titularidad no puede, en nin--gún caso, conferir control alguno al inversionista sobre la utilización de sus fondos. En éste supuesto, el tér--mino IEC se limitaría a referirse a la adquisición de - títulos que confieran un derecho de crédito, pero nunca la participación (por ejemplo, adquisición de obligaciones, fondos públicos, etc.).

2.4.) Entre los conceptos amplio y restringido que se han apuntado, estimamos que se podría establecer un criterio intermedio que se acomodaría más a la realidad de la mayoría de las normas legales que contemplan ésta situación: serían IEC aquellas que se materialicen en valores mobiliarios -cotizados o no en mercados oficiales- y que no pueden nunca otorgar a su titular un - efectivo control sobre la utilización de sus recursos.

De aquí se derivarían las siguientes consecuencias:

1ª) Que, en todo caso, la inversión a través -

de la adquisición de títulos de renta fija -sean o no de los admitidos a cotización en Bolsa- es IEC.

2ª) Que la adquisición de títulos de participación, cuando no implique un efectivo control, o posibilidad de control (lo que no deja de ser bastante difícil de establecer) es, igualmente, IEC.

3ª) Si la adquisición inicial de títulos de participación, completada o adicionada por otras posteriores, confiriese en un cierto momento, la toma o la posibilidad de alcanzar el control de la inversión efectuada, la IEC dejaría de ser tal y pasaría a la categoría de IED, lo que produciría importantes consecuencias de orden práctico, sobre todo en el momento de la desinversión o exportación de utilidades.

De cuanto se ha indicado se pueden, a su vez, extraer algunas otras conclusiones: en primer lugar, que las IEC contienen una referencia a la posesión de valores mobiliarios como legitimadores de la IE; en segundo término, que las IEC se concretan en títulos que pueden ser objeto de negociación en mercados organizados y, por último, que la posesión de tales valores nunca ha de otorgar al inversionista extranjero una influencia efectiva sobre la utilización de su capital, o lo que es igual, - en argot económico, a que la inversión se efectúe como una típica operación "esencialmente financiera", según el concepto que de ésta modalidad de IE dimos anteriormente. A sensu contrario podemos establecer que "no es IEC", la materializada en valores que no pueden incorporarse a títulos negociables, como sucede en nuestra patria con las "participaciones en las sociedades de responsabilidad limitada"; tampoco lo es la inversión que, materializada en valores negociables, su transmisión haya de efectuarse ineludiblemente por procedimientos diferen

tes a los de un mercado organizado, ni la adquisición de títulos negociables que otorguen a su titular una facultad de dirección o control de la inversión (vgr.: adquisición de acciones).

3º) Por lo que respecta a las IE Crediticias - muy pocos, entre los autores citados, las contemplan y consideran como una modalidad especial y claramente diferenciada.

Es incuestionable que el tratamiento que requieren las operaciones típicas de endeudamiento exterior de una Sociedad, debe ser diferente, según la modalidad jurídica que ésta adopte. Si se trata de préstamos materializados en la emisión de títulos negociables (empréstitos), las condiciones de tales operaciones no pueden ser nunca las mismas que en el caso en que el préstamo o el crédito se formalicen por medio de documentos específicamente elaborados para adaptarlos a las condiciones comunes exigidas por la empresa y el prestamista de los fondos. La emisión de multitud de títulos fácilmente negociables en mercados organizados, y cuya titularidad puede ser múltiple y transmisible sin atención a las condiciones del adquirente, requiere un tratamiento muy distinto al que - procedería aplicar en el caso de existir en la operación un solo tomador del documento representativo de la deuda que, de ordinario, se formalizaría atendiendo precisamente a las condiciones específicas de las "partes" que directamente se relacionan en la operación.

Si volvemos sobre la idea general, podríamos admitir que tal vez la desorientación que se advierte en la doctrina no es sino una consecuencia lógica de la que muestra el propio legislador español, el cual al copiar, y no fielmente, el modelo legal italiano, no supo introducir la deseada claridad en la terminología utilizada -

No obstante, aunque los redactores de las normas emanadas en 1.959 y años siguientes no supieron aclarar ésta cuestión ni adaptarla a los términos que - ya se admitían en otros ordenamientos legales, en aquellas podían ya identificarse las tres principales categorías de IE a que se han referido expresamente otros - textos legales extranjeros y la doctrina en general.

En el D.L. de 27 de julio de 1.959 se alude a las IED conceptuándolas -al igual que la ley italiana de 1.956- como las directamente relacionadas con la "modernización, ampliación o creación de empresas españolas" (art. 1º). En ellas confluyen las dos características esenciales que el preámbulo del D.L. confiere a las IE: 1ª) coadyuvar al incremento de la cuota del - ahorro destinado a la inversión, con objeto de mantener un ritmo de crecimiento económico lo más elevado posible, y 2ª) contribuir al aumento de la "eficacia de las empresas españolas y a la elevación de la productividad económica" de las mismas.

El art. 10 del mismo texto legal insinúa ya la admisión de las IEC, al contener una referencia - explícita a "las acciones" de las Sociedades de inversión mobiliaria, en las cuales la idea de "control" sobre la inversión aparece claramente soslayada (210).

(209) Como ha escrito JUSTE IRIBARREN ("Algunas cuestiones prácticas sobre la nueva legislación de IE" en Rev. Jurídica de Cataluña, Barcelona; nº 3/1.960; pág. - 257) "el principal defecto de éstas normas se encuentra en el aspecto jurídico de las mismas." El "contenido económico" de la materia regulada ha despreciado la "forma jurídica y el Derecho". Esta normativa, pese a su brevedad, carece de precisión y claridad".

(210) Esta cuestión fué desarrollada por la OM de 11 de - agosto de 1.961.

Por su parte, el art. 9º del D.L. contiene una parcial alusión a las IE Crediticias, puesto que se admite la posibilidad, limitada a las empresas españolas con participación extranjera, de "recurrir al crédito extranjero" en las condiciones que reglamentariamente se establezcan (211).

No obstante, hay que hacer notar que en ninguno de los artículos que componen el D.L. de julio de 1.959 se incluye una referencia explícita a los términos acuñados por el derecho comparado y los autores extranjeros. Ha sido la doctrina la que ha tratado de identificar el contenido de la disposición con la terminología comúnmente aceptada y aún ello, como hemos puesto de relieve, sin una excesiva concreción.

Parece como si el legislador español entendiese al dictar el D.L. de julio de 1.959 que solo a las IED debía referirse -cosa que no podemos compartir en absoluto- y por ello, en el preámbulo de una disposición posterior, la OM de 24 de diciembre de 1.959, señala que "parece conveniente extender el espíritu que preside el D.L. antes citado a las inversiones que el capital extranjero pueda hacer para complementar el ahorro nacional -- (212) mediante la adquisición de valores mobiliarios de Sociedades españolas".

En la OM de diciembre de 1.959 se insinúa un matiz, a nuestro modo de ver importantísimo, para tratar

(211) Sobre el desarrollo de éste artículo se dictó el D. 2320/1.959 de 24 de diciembre de 1.959.

(212) Obsérvese como en esta disposición ya no se alude - "al aumento de la eficacia de las empresas españolas y a la elevación de su productividad económica", como lo hacía el D.L. de 27-VII-1.959 (preámbulo). Este matiz podría constituir otro rasgo diferencial entre las IED y las IEC.

de identificar la modalidad de IE que regula con las llamadas IEC. En efecto, si examinamos detenidamente el texto legal se observan una serie de expresiones que nos -- conducen a un denominador común. En el apdo. 1º se establecía que los inversionistas podrán "adquirir"; en el apdo. 2º que la falta de autorización comportará la nulidad de las "transmisiones" efectuadas; en el 5º que el régimen establecido por la Orden se aplicará igualmente a las acciones "adquiridas" y en el 6º que todo lo establecido será de aplicación a la "compra" de obligaciones u otros títulos de renta fija que representen deudas de Sociedades españolas. La equiparación de las locuciones entrecomilladas nos conduce a pensar que la IE a que se refería la OM que comentamos era la que tenía por objeto la obtención de la titularidad sobre unos valores mobiliarios (acciones, obligaciones y otros títulos de renta fija) "previamente circulantes", es decir, que habían sido ya adjudicados en el momento de su emisión a personas diferentes de las que --amparadas en las normas de la OM de diciembre de 1.959-- adquieren la titularidad de los mismos.

No obstante, hemos de reconocer que la disposición de referencia no es un modelo de técnica jurídica -- ni de acomodación a los criterios imperantes en éste campo. Así, de acuerdo con el contenido de su apdo. 6º la -- adquisición de valores de renta fija que no estuviesen -- previamente en circulación no sería IEC, sino IE de cualquiera otra modalidad, lógicamente IE Crediticia.

La adscripción de una IE a una u otras de las modalidades descritas acarreaba diferentes efectos, principalmente en orden a la repatriación de utilidades, lo cual hacía que las dudas se multiplicasen, la incertidumbre del inversionista creciese y se obstaculizase la entrada del capital exterior. Por ello, con objeto de evitar interpretaciones erróneas se deroga la OM de 24-XII-1.959 y, en su lugar, se dicta la OM de 15 de marzo de --

1.962 por la que se regulan expresamente las operaciones de "adquisición de títulos mobiliarios, de renta fija o variable, emitidos por empresas españolas y de títulos de la Deuda del Estado español, de Corporaciones locales y cualesquiera otros representativos de la Deuda de Entidades de Derecho público" (apdo. 1º). Con ésta nueva norma se va perfilando el concepto de las IEC en nuestro -- país, aunque debe observarse que ni en el preámbulo ni -- en el texto de la orden se contiene aquella expresión, -- ni cualquiera otra asimilada (port-folio).

El D. de 17 de mayo de 1.962 (nº 1054) a pesar de declarar expresamente la "conveniencia de ajustar las -- disposiciones sobre la materia a las reglas que se con-- tienen en el Código de liberalización de los movimientos de capital de la OCDE", no adopta la terminología de éste y, en consecuencia, aún refiriéndose de hecho a las -- IED, sigue hablando de las IE que se realicen para la -- "creación, ampliación o modernización de empresas españolas". Idéntica nomenclatura adopta el D. de 18 de abril de 1.963 (nº 701) por el que se autorizó en determinados sectores económicos la inversión del capital extranjero en empresas españolas, en proporción superior al 50% sin necesidad de autorización especial de ninguna clase.

Con cierta nitidez, el legislador español admite la triple clasificación de las IE en una disposición a -- la que no se le ha concedido, en éste punto, la importancia que merece. Nos referimos al D.L. de 25 de enero de 1.962, por el que se regula la actividad de la Corpora-- ción Financiera Internacional en nuestro país. En el -- preámbulo de ésta disposición se indica que "la contribución de la CFI a las empresas privadas españolas" se puede realizar bien mediante "concesión de préstamos o cré-- ditos", bien mediante "financiación directa" de las in-- versiones de equipo-capital o, finalmente, mediante "la

adquisición de valores mobiliarios" emitidos por Sociedades españolas. Por la equiparación que realiza en el art. 1º cabría identificar plenamente las modalidades mencionadas con las diversas variedades, repetidamente citadas, de IE.

En el camino hacia la aceptación legal de los términos comunes, el legislador español admite abiertamente el término IED en una disposición más reciente -el D. de 1º de marzo de 1.973 (nº 487), cuyas reglas - "serán de aplicación a las inversiones directas españolas en el exterior" (art. 1º)- a las que define como -- aquellas "que con carácter permanente se destinen a la creación o adquisición de empresas domiciliadas en el extranjero o a la participación en ellas y que den al inversor español la facultad de ejercer una influencia decisiva sobre la gestión de dichas empresas" (art. 2º). Ya acepta la normativa española el criterio generalizado del "control" como definitorio de las IED, el cual - se establece en base a dos presunciones alternativas: - 1ª) cuando el capital español sea poseedor único de la empresa creada o adquirida y 2ª) cuando, aún no poseyendo la titularidad total de sus activos, su presencia en la misma implique "de hecho" la posibilidad de ejercer una "influencia decisiva" en su gestión. La determinación del posible "grado de influencia decisiva" queda - en todo caso al arbitrio de la D.G. de Transacciones Exteriores del Ministerio de Comercio, la cual decidirá - en cada caso concreto (art. 6º en relación con el D. 26 de julio de 1.973, nº 1791). Por el contrario, la OM de 23 de marzo de 1.973, por la que se permiten ciertas -- operaciones especiales de cartera en el extranjero, no contiene definición alguna de las mismas limitándose a señalar que se autoriza "la adquisición y venta al contado de valores extranjeros admitidos a cotización oficial en aquellas Bolsas que oportunamente se determinen"

(apdo. 1º) (213). No obstante ya se introducen en el concepto dos de las notas que, según expusimos anteriormente, eran principales en la IEC: 1ª) la posibilidad de negociar los títulos adquiridos por el capital extranjero, en mercados organizados de valores, y 2ª) que las operaciones se realizasen siempre "al contado".

Las IE Crediticias no han sido objeto de regulación tan específica como las otras dos modalidades ya examinadas, y su concepto ha de obtenerse por exclusión. Serían consideradas como tales todas las operaciones que, consistiendo en la aportación de capital por parte del inversionista extranjero bajo la modalidad préstamos ó créditos, no fuera, a su vez, documentada en títulos negociables en mercados organizados de valores (art. 9º del D.L. de 27-VII-1.959; apdo. 6º de la OM de 24-XII-1.959; apdo. 1º de la OM de 15-III-1.962; preámbulo del D.L. 25-I-1.962 y apdo. 1º de la OM de 23-III-1.973).

Respecto a las IE Crediticias hay que -- consignar que en el período legal a que concretamos ahora nuestro examen no se han dictado normas específicamente -- aplicables. Tan solo cabe recordar un D.L. de 19 de octubre de 1.961, de carácter eminentemente fiscal, en donde se alude a los préstamos que las Sociedades españolas con -- cierten con organismos internacionales o con Bancos e -- instituciones financieras extranjeras (apdo. 2º) y que de -- be relacionarse con el apdo. o) del art. 5º del D. de 24 de noviembre de 1.939 en relación, a su vez, con el D. de 26 de julio de 1.973, nº 1791.

-
- (213) La Resolución de la D.G. de Política Financiera de 20-VII-1.973 establece que "la condición de admitido a cotización oficial se estimará de acuerdo con la legislación específica del país en que radique -- la correspondiente Bolsa" (apdo. 3) y que "unicamen -- te podrán adquirir títulos extranjeros de las Bolsas de N. York, Tokio, Londres, París, Zurich, Frankfurt, Milán, Amsterdam y Bruselas" (apdo. 2).

Aparte de las modalidades mencionadas en la normativa derogada podían reconocerse otras variedades que, no en todos los casos, han pasado a la legislación vigente.

En el D.L. de 27-VII-1.959 se distinguían dos clases de IED: 1ª) las inversiones en empresas españolas de preferente interés económico y social y 2ª) inversiones de carácter ordinario (art. 4º), cuyos efectos eran bastante diferentes (arts. 6º y 7º). Igualmente se establecía el régimen de IE de tipo general y de régimen especial (art. 3º) cuya diferencia radicaba en el trato legal que recibían, aplicándose a las primeras las normas dictadas con carácter general y a las segundas su legislación específica y, solo en defecto de ésta, la primera.

El D. de 18 de abril de 1.963 hizo que se distinguiera entre IE primariamente limitadas, en la participación de capital extranjero e IE autorizadas con carácter general hasta la totalidad de su capital o sectorialmente privilegiadas. En ésta disposición aparece por vez primera una alusión directa a las "industrias productivas" recogiendo la distinción contenida en el art. 1º de la Ley italiana de 7-II-1.956, y que como en aquel país el término no dejó de prestarse a dudas y confusiones.

B) LA CLASIFICACION DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN LAS NORMAS VIGENTES.

Inicialmente, a la vista de los textos de 1.974, cabría establecer una primera clasificación de las IE en nuestro país, distinguiendo entre IE privadas e IE públicas. Se ha escrito que el régimen legal de la LIE y el RIE de 1.974 se aplica solamente a las IE pri-

vadas (214), porque el art. 1º de la LIE, al enumerar -- quienes pueden ser titulares de IE reguladas por tal ley, no se refiere a Entidades públicas extranjeras, además -- de que la Disposición Adicional 2ª LIE, establece la caducidad de las autorizaciones para invertir concedidas a personas jurídicas privadas extranjeras cuando sean objeto de nacionalización (215), amén de la Disposición Adicional siguiente (3ª) en la que se establece la necesidad de autorización especial --dentro de ciertas condiciones de reciprocidad y control-- para las IE de Gobiernos y Entidades oficiales de soberanía extranjera. Aún cuando los argumentos legales esgrimidos no dejan de ser atendibles, es nuestro criterio considerar que, el hecho de que en el art. 1º de la LIE no se mencione a los inversionistas del sector público de otros sistemas económicos, no puede ser un argumento determinante cuando, como en el caso español, los mismos textos de 1.974 se refieren a ellos en sus Disposiciones adicionales primera (C. F.I.), segunda y tercera. En segundo lugar, la caducidad de una inversión por nacionalización de su titular no -- quiere decir que, concedida la autorización especial -- (Disposición Adicional 3ª LIE), no pueda seguir existiendo; y éste mismo argumento podría utilizarse para el caso de los Gobiernos y entidades oficiales extranjeras.

En estos supuestos --y ante la falta de nor

(214) ALVAREZ PASTOR D., Nueva normativa de IE, en Rev. Española de Financiación y Contabilidad; Madrid, 1.975; pág. 644; ALVAREZ y EGUIDAZU, Control de Cambios, cit.; Tomo I, págs. 622.

(215) Es curioso observar lo inadecuado de la terminología adoptada por el legislador; se refiere a la caducidad de las "autorizaciones para invertir", como si contemplase el supuesto de que, concedida la autorización, no se haya efectuado, realizado, la inversión. Creemos que hubiera sido más correcto expresar ésta idea en términos más concretos: "Las autorizaciones para invertir en España, hayan se o no realizado las operaciones pertinentes, caducarán ...".

mativa específica (salvo en el caso de la C.F.I.)- nos - inclinamos por considerar que, los textos de 1.974 y con cordantes, son también de aplicación a las IE públicas, en todas aquellas contempladas en la "autorización especial" otorgadas en cada caso. A ésta conclusión nos fuerzan los mismos textos legales. El art. 28 de la LIE que, expresamente, excluye de su normativa las IE en empresas dedicadas a actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, es decir, la ley distingue donde quiere distinguir; y su Disposición final 1ª, que -para el - caso de IE de régimen especial- establece el carácter -- complementario y supletorio de la LIE y el RIE, en todo lo no previsto por las normas específicas. Pero, a mayor abundamiento, el propio D.L. de 25 de enero de 1.962, nº 2, sobre régimen de las IE efectuadas por la CFI, establece -en su art. 1º- que "los preceptos relativos a la creación, ampliación o modernización de empresas españolas y a la adquisición de valores mobiliarios emitidos por sociedades españolas en la misma forma y condiciones que - para las personas jurídicas extranjeras de naturaleza -- privada, que se establecen en el D.L. 16/1.959, de 27 de julio, disposiciones complementarias y OM. de la Presidencia del Gobierno, de 24 de diciembre de 1.959, así como cualquier otra disposición que pueda dictarse en el futuro relacionada con las operaciones indicadas, serán de - aplicación a las que la Corporación Financiera Internacional lleve a cabo en España"; es decir, que se les -- aplica el régimen legal constituido por las disposiciones refundidas en 1.974. Volveremos sobre el tema en el Capítulo tercero.

Concretándonos ya al campo de las IE privadas, se impone, analizando los texto de 1.974, una primera clasificación de las mismas: IE de régimen común e IE de régimen especial. La distinción ofrece un interés primordial en cuanto su respectivo régimen jurídico difiere sustancialmente en algunos puntos concretos.

a) IE de régimen común e IE de régimen especial..

Esta distinción deriva del contenido de la Disposición final primera de la LIE (repetida literalmente en el RIE), a tenor de la cual "las IE que se efectuen en Empresas cuya actividad se indica se regularán por sus disposiciones específicas, sin perjuicio de la aplicación de la presente ley, en todo lo no regulado en aquellas".

De conformidad con el texto legal, hay que individualizar, por tanto:

1. IE de régimen común, que comprende las operaciones que se acogen a la normativa establecida por la LIE y el RIE, y demás disposiciones complementarias. Regla general de competencia legal: todas las IE, con la sola excepción de las que reciben tratamiento jurídico - específico.

2. IE de régimen especial, entendido el -- término como especialidad no solo respecto del régimen - común, sino como especialidad por razón de la actividad o sector económico concreto de que se trate.

Estas IE de régimen especial se regirán, - en primer término, por las normas que les sean específicamente aplicables, y como derecho supletorio, por las - disposiciones aplicables a las IE de régimen común (Disposición final 1ª LIE).

Como IE de régimen especial se consideran, en la actualidad, las realizadas en empresas dedicadas a las siguientes actividades (Disposición final 1ª LIE): a) las que posean o exploten estudios, laboratorios o, en general, establecimientos para la producción cinematográfi-

ca en España, así como las dedicadas a producciones de ésta índole, al doblaje o a actividades análogas (216); b) las empresas explotadoras de emisoras locales de radiodifusión (217); c) las empresas periodísticas (218); d) -- agencias informativas (219); e) empresas editoriales (220); f) empresas mineras (221); g) empresas dedicadas a la investigación y explotación de hidrocarburos (222); h) bancarias (223); i) seguros (224); j) empresas dedicadas al refinado de petróleo (225); k) sociedades que tengan por objeto el transporte aéreo (226); l) empresas navieras (227); m) concesiones de aprovechamientos de aguas públicas a extranjeros y sociedades extranjeras (228), y n) sociedades

- (216) Empresas cinematográficas: L. 26 abril 1.946; OO. MM. 22 mayo 1.953 y 28 abril 1.964.
- (217) Radiodifusión: D. 8 diciembre 1.932, D. 22 mayo - 1.953, D. 9 julio 1.954, D. 24 junio 1.965, OM. - 11 mayo 1.966, OM. 30 marzo 1.974.
- (218) Empresas periodísticas: Ley 18 marzo 1.966, D. 31 marzo 1.966.
- (219) Agencias informativas: Ley 18 marzo 1.966, D. 31 marzo 1.966.
- (220) Empresas editoriales: L. 18 marzo 1.966, D. 31 marzo 1.966.
- (221) Empresas mineras: L. 19 julio 1.944, Reglamento 9 agosto 1.946, D. 10 diciembre 1.964, L. 21 julio 1.973.
- (222) Empresas hidrocarburos: L. 26 diciembre 1.958, Reglamento 12 junio 1.959, L. 27 junio 1.974.
- (223) Empresas bancarias: B. Exterior (OM. 5 diciembre - 1.955), resto banca: L.O.B. de 31 diciembre 1.946; L.O.C.B. de 14 abril 1.962; D.L. 29 noviembre 1.962, OM. 21 mayo 1.963, D. 13 enero 1.972, D. 9 agosto 1.974.
- (224) Empresas de seguros: L. 16 diciembre 1.954, Reglamento 2 febrero 1.912.
- (225) Refinerías de petróleo: D. 9 marzo 1.968, D. 14 mayo 1.971.
- (226) Empresas de transporte aéreo: L. 21 julio 1.960.
- (227) Empresas navieras: R.D. 13 junio 1.916; D. 10 agosto 1.954, D. 10 febrero 1.966.
- (228) Aprovechamientos de aguas públicas: R.D. 14 junio 1.921, D. 17 marzo 1.966.

contratistas de obras, servicios y suministros, con el - Estado u Organismos autónomos (229). También hay que integrar en éste grupo de IE las que menciona el art. 28 - LIE (art. 39 RIE), es decir "las empresas cuyas actividades estén directamente relacionadas con la defensa nacional" (230).

b) IED, IEC e IE Crediticias.

El legislador de 1.974 intenta introducir una cierta sistemática en la normativa anterior -tan confusa, según se ha podido comprobar-, utilizando para ello un - doble procedimiento: por un lado, establece una enumeración de las formas o procedimientos a través de los cuales podrá realizarse la inversión (art. 3º LIE y RIE); - en segundo término, intenta homogenizar los enumerados - encasillándolos en los conceptos terminológicos de IED, IEC e IE Crediticias.

La "enunciación" -en lo que a nuestro trabajo interesa- se contiene en diversos apartados del art. 3º de la LIE, a cuyo tenor "las IE podrán llevarse a -- efecto a través de las siguientes formas: 1) participa--

(229) Sociedades contratistas: D. 8 abril .965 (Ley Contratos del Estado), Rgto. 28 diciembre 1.967, D. 4 abril 1.968, D. 4 abril 1.974.

(230) En la actualidad el régimen jurídico de éstas empresas, en lo que se refiere a IE, es confuso. Definidas en el art. 3º A de la ley de 24 noviembre 1.939, su art. 6º prohibía la participación extranjera en su totalidad. El D.L. de 27 julio 1.959 las deja -- fuera de su ámbito de aplicación (art. 2º), pero al mismo tiempo, deroga el art. 6º de la ley de 1.939. La ley de 1.974 deroga, a su vez, el D.L. de 1.959 (Disposición final 6ª y D. 19 junio 1.975, art. único, 1.1.). La LIE las excluye de su ámbito y las -- normas anteriores no tienen vigencia. Se trata de - un caso claro de laguna legal que debe interpretarse de acuerdo con criterios fundamentalmente socio-políticos y de Derecho comparado, contrarios ambos a la admisión de la IE en éstas específicas actividades.

ción en una sociedad española; ... 4) adquisición de fon
dos públicos o de títulos privados de renta fija, así co
mo de participaciones en Fondos de inversión mobiliaria;
..., y 6) cualquier otra forma no contemplada en los nú-
meros anteriores, previa autorización administrativa".

La "homogenización" se establece en el RIE
al identificar en principio el concepto de IED (Capítulo
II, arts. 4-9, ambos inclusive) con el de inversión me--
diante "participación social", y al asimilar el de IEC -
(Capítulo III, arts. 10-12, inclusives) con la inversión
por medió de la adquisición de valores admitidos a coti-
zación oficial en Bolsa. La IE Crediticia quedaría englo-
bada en ese cajón desastre que es el Capítulo V del RIE
(arts. 17 y 18: otras formas de inversión), idea en la -
que concuerda el pensamiento general de la doctrina espa-
ñola que se ha ocupado del tema (231).

Como quiera que ésta última modalidad se re
fiere a todas las operaciones de carácter crediticio que
se formalizan en documentos en los cuales no concurre la
condición específica de ser valores mobiliarios (letras
de cambio, pagarés, pólizas de crédito o préstamo en sus
diferentes variedades, etc.), queda al margen de nuestro
análisis su contenido. Pero hemos querido poner de relie-
ve la admisión, como categoría específica -aunque innomi
nada legalmente-, de las IE Crediticias en nuestro orde-
namiento jurídico de IE (232).

(231) ALVAREZ PASTOR D. y EGUIDAZU F., Control de cambios,
2ª ed.; Madrid, 1.977; Tomo I, pág. 568; GARCES, Ré-
gimen jurídico, cit.; pág. 154; LUCAS F., Inversiones
extranjeras en España, Madrid, 1.975, págs. 267-268.

(232) Para examinar detenidamente el tema nos remitimos a
ALVAREZ y EGUIDAZU, Control de cambios, cit.; Tomo
I, págs. 565 y ss.

1. El criterio de distinción adoptado por la LIE.

Sólo pensando que el legislador de 1.974 tuviese intención de cumplir con el mandato legal de "refundir" las normas anteriores, cabe explicar el criterio de distinción que ha adoptado para identificar las IED y las IEC.

El art. 4º, 1. de la LIE (reproducido literalmente en el mismo apartado del art. 4º del RIE) considera como IED las que "pretendan realizarse mediante participación en una sociedad española" de acuerdo con lo -- que señala el RIE en el art. 3º, apdo. 1, donde desarrolla las formas o modalidades a través de las cuales se -- puede formalizar la participación.

Pero el mismo artículo de la LIE (art. 4º) -- ya establece una excepción al principio general de su apartado 1º, al excluir del concepto de IED "las inversiones que se efectuen mediante la adquisición de títulos admitidos a cotización oficial en Bolsa" (apdo. 2), a los cuales les aplica el régimen de las IEC.

Por su parte, el art. 10 de la LIE confiere el carácter de IEC a las "que pretendan realizarse mediante la adquisición de acciones admitidas a cotización oficial en Bolsa, así como la adquisición de fondos públicos, títulos privados de renta fija o participaciones de Fondos de inversión mobiliaria".

Como puede observarse, no existe en las normas vigentes ni la más leve alusión al criterio del "control" como elemento diferenciador entre las IED y las IEC (233). El centro de gravedad de la cuestión se ha despla-

(233) La Disp. Adicional 3ª de la LIE (reproducida en la misma del RIE) se refiere a la noción de "control"

zado hacia una noción accesoria que, tímidamente según expusimos, había hecho su aparición en la normativa francesa: nos referimos al elemento puramente formal de que los valores estén "admitidos a cotización oficial en Bolsa" - (D. nº 67-78, art. 2º, 3).

El legislador español coloca todo el énfasis - sobre ésta idea, elevándola a la categoría de fundamental en la distinción que arbitra. De ésta manera, en los textos refundidos la cuestión se presenta, esquemáticamente, en la forma siguiente:

- son IED las operaciones mediante las cuales el inversionista extranjero, logra participar en la sociedad española, adquiriendo títulos que le den derecho a ello, pero que no gocen del carácter de "admitidos a cotización oficial en Bolsa",

- son IEC las siguientes operaciones:

- adquisición de títulos/participantes -- que gocen del carácter de "admitidos a cotización oficial en Bolsa".

- adquisición de cualquiera otra clase de valores -estén o no admitidos a cotización- que no otorguen la posibilidad de participar en el capital de una sociedad española.

efectivo cuando se trate de IE públicas, es decir, las realizadas por el Gobierno y Entidades oficiales de soberanía extranjera, así como por empresas del sector público (por aplicación de la Disp. Adicional 2ª de los mismos textos legales). Pero no establece en que términos ha de reputarse la existencia de "control efectivo" de la empresa o sociedad española. Se trata, más que nada, de una norma interpretativa, en la que el margen de discrecionalidad es absoluto.

El aceptar un criterio como el apuntado puede implicar cuestiones de interpretación (vgr.: adquisición de títulos admitidos a cotización, pero a precios diferentes de los de mercado; posibilidad que autoriza el art. 163 del vigente Reglamento de Bolsas, de 30 de junio de 1.967) y problemas prácticos de difícil solución (vgr.: el control administrativo de los porcentajes de participación extranjera; el tratamiento de la desinversión).

A nuestro entender el criterio admitido es equivocado, porque el hecho de la "cotización en Bolsa" tiene un carácter nuevamente episódico en la vida de muchos de los valores que ostentan tal calificación. Hubiera sido más lógico adaptarse a la opinión general en favor del "control"; pero puestos a seguir en la idea ya iniciada en las normas de 1.959 y posteriores, la distinción podría haberse efectuado en la forma siguiente:

= como IED, se debía haber considerado toda forma de participación en la sociedad, -- prescindiendo de que los títulos representativos de ésta, gozasen o no de la circunstancia formal de "estar admitidos a cotización". Así, existirían:

- IED realizadas mediante la adquisición de valores no admitidos a cotización oficial.
- IED efectuadas adquiriendo valores admitidos a cotización oficial, las cuales, a su vez, podrían haberse realizado:
 - adquiriendo los títulos en el mercado bursátil, ó
 - adquiriéndolos fuera de tal mercado.

- Como IEC quedarían las operaciones sobre to dos los valores que no concediesen partici-
pación en el capital social, y que podrían
asumir dos variedades:

- IEC sobre títulos no admitidos a coti-
zación oficial en Bolsa.

- IEC sobre títulos admitidos a cotiza-
ción oficial, que pueden, a su vez, --
realizarse:

- adquiriendo los títulos en la Bolsa
a precio oficial, ó

- adquiriéndolos fuera del mercado
bursátil, a precios diferentes.

Que el propio legislador tiene conciencia de la endeblez del elemento diferenciador adoptado, es una -
realidad fácilmente comprobable. El R.D. nº 1087/1.978, -
de 14 de abril, por que se regulan las inversiones españolas
en el exterior (y que deroga el que comentamos ante--
riormente de 7 de junio de 1.973), distingue entre inver-
siones directas o inversiones de cartera en la forma que
sigue: son inversiones directas (art. 3º, 1) las que se -
realizan a través de la participación en una sociedad o -
entidad jurídica extranjera ... siempre que la inversión
tenga carácter duradero y permite al inversor (sic) espa-
ñol el ejercicio de una influencia efectiva sobre la ges-
tión de la sociedad o entidad jurídica extranjera (apdo.
a), entendiéndose legalmente que se produce ésta última -
situación cuando ocurra alguna de las siguientes circuns-
tancias (art. 5º): 1) que la participación del inversor o
de los inversores españoles sea igual o superior al 20% -
del capital de la sociedad o entidad jurídica extranjera;
2) cuando el inversor o los inversores españoles tengan -
intervención en los órganos de gestión o de administración;
3) cuando la sociedad o entidad extranjera utilice con ca

rácter exclusivo o preponderante tecnología cedida por el inversor o inversores españoles, y 4) cuando concurra cualquier otra circunstancia que haga apreciar a la Administración la existencia de una influencia efectiva en aquella - por parte de éstos. Para ésta misma disposición son inversiones de cartera (art. 3º, 2) las que se realizan "mediante la adquisición de títulos públicos, títulos privados de renta fija o variable en la que no se produzca" las circunstancias anteriormente señaladas y la adquisición de "participaciones de Fondos de inversión mobiliaria u otros". La aceptación del criterio usual del control es clara en las normas transcritas y, presumiblemente, será adoptado en el futuro, si las circunstancias impusieren una reforma profunda en ésta normativa especial de las IE en nuestro país.

2. Inversiones Extranjeras Directas (IED).

En el concepto de la IED late la idea de asimilación a la de participación en el capital de una sociedad que, tratándose de valores mobiliarios, solo puede estar referida a las sociedades anónimas o a las comanditarias por acciones, según ya delimitamos en la Introducción.

El desarrollo legal de ésta idea de "participación" se realiza en el art. 3º del RIE, apartados 1. y 4.1 a los cuales vamos a hacer referencia a continuación, debidamente sistematizados (234). Para ello, partimos de la contemplación de los diferentes momentos de la "vida" de una sociedad en los que se puede acceder a participar en -

(234) RIE - Art. 3º, apdo. 1: "Participación en una sociedad española; 1.1. Se entienden comprendidas bajo ésta forma de inversión tanto la constitución de la sociedad como la adquisición total o parcial de sus acciones; 1.2. La adquisición de derechos de suscripción se equipara, a éstos efectos, a la adquisición de acciones; 4.1. La inversión en títulos privados de renta fija, convertibles en acciones se considera, a los efectos de éste Reglamento, como incluida en el apdo. 1 de éste art.".

su capital, y así nos encontramos con que ello es susceptible:

1º) En el momento fundacional de la sociedad, es decir, en su constitución.

El inversionista extranjero que comparece en el acto de la constitución simultánea de la sociedad, a título de fundador (art. 10 LSA), está realizando una operación de IED porque debe asumir alguna acción. En el caso de fundación sucesiva o por suscripción pública (arts. 16 y ss. LSA) el extranjero que actúe como promotor, en tanto no suscriba alguna parte de los títulos de la futura sociedad no está llevando a cabo ninguna operación de IED, lo que se producirá cuando efectúe el desembolso en la cuantía fijada en el programa de fundación o el mínimo legal del 25% del importe nominal del capital suscrito -- (art. 20). La simple promesa de suscribir (art. 19) no -- constituye por sí, prueba de haberse realizado la inversión.

2º) Participación adquirida en un momento posterior al de constitución de la sociedad.

Esta toma de participación puede realizarse:

a) por actos intervivos: 1) en las ampliaciones de capital de la sociedad, suscribiendo las nuevas acciones que correspondan: 1.1., por ser partícipe de la sociedad con anterioridad --a título oneroso (es decir, satisfaciendo el importe nominal del título o este y la prima correspondiente --art. 36 LSA--) o a título lucrativo (recibiendo acciones liberadas, o con cargo al saldo de las cuentas de regularización de balances)--; 1.2., por haber adquirido, de otros accionistas, los derechos de suscripción preferente que le legitimen para suscribir las acciones correspondientes; 2) por conversión o canje de títulos de renta fija -- que concedan el derecho a la adquisición de acciones me--

diante el ejercicio de tales derechos; 3) por compra de títulos/acciones previamente circulantes, enajenados por sus anteriores titulares; b) por actos mortis-causa, adquisición de títulos previamente circulantes, por sucesión testada o intestada y donación por causa de muerte o actos de naturaleza análoga.

La LIE y el RIE contemplan casi todos éstos - supuestos como de IED, excepto para la adquisición de tí tulos/acciones previamente circulantes mediando la condi ción de estar admitidos a cotización oficial (art. 10 -- RIE). La utilización de términos jurídicos de contenido tan amplio como el de "adquisición", permiten abarcar -- aquí el concepto de suscripción (número 1.1. anterior), que no está expresamente mencionado en el texto legal, a diferencia de lo que sucede con la constitución (art. 3º 1.1. RIE), al propio tiempo que no cabe pensar en suscri bir títulos admitidos a cotización, porque éste trámite bursátil es siempre posterior a la emisión y suscripción de los valores (vid. el art. 26 del Rgto. de Bolsas, don de se exige la puesta en circulación como requisito previo a la solicitud para la concesión del privilegio de - la cotización oficial).

Para el desarrollo de los preceptos del RIE, la D.G. de Transacciones Exteriores dictó el 20 de diciem bre de 1.974 su Circular nº 4/74, fundamental en ésta ma teria. Contiene dos instrucciones, la 7ª y la 41, dedica das respectivamente a matizar el concepto de las IED y - las IEC, y lo hace de forma tal que complica más, si cabe, la labor del intérprete en ésta materia tan débilmen te engarzada por el legislador de 1.974.

La Instrucción 7ª, apdo. 1. b) de la citada - Circular, establece que se denominan IED las participa-- ciones extranjeras en el capital de una sociedad española

siempre que dicho capital este representado por acciones que, si están admitidas a cotización oficial en Bolsa, - la inversión se realice fuera de Bolsa y a cambios distintos de los practicados en ella. Por su parte, la Instrucción 41 referida a las IEC, subraya la idea de que - las operaciones de inversión -adquisición- de las acciones se ha de llevar a efecto en todo caso en Bolsa, o si fuera de ella, a los cambios fijados oficialmente en el mercado bursátil.

De la interpretación de ambas instrucciones se deduce: 1º) que la adquisición de acciones admitidas a cotización oficial, para que se considere IED, ha de realizarse en forma tal que se haga a precio distinto al de Bolsa y fuera precisamente de ella, lo que equivale a formalizarla como una operación de aplicación o una operación a precio convenido (vid. arts. 155 y 163 del Reglamento de Bolsas) (235); 2º) si la operación se hace en Bolsa, pero a precio diferente del oficial (art. 163 Reglamento de Bolsas) la inversión debe calificarse como IEC; 3º) si la operación se verifica fuera de Bolsa pero a cambios oficiales (art. 157 Reglamento de Bolsas), la inversión es de la modalidad de IEC.

A tenor de éste "desarrollo" dado por la Circular al RIE, y que nos parece totalmente artificial y - carente de fundamento lógico alguno, hemos de examinar - dos de los supuestos anteriormente mencionados: la inversión mediante adquisición de derechos de suscripción preferente y la inversión en títulos privados de renta fija convertibles en acciones. En ambos casos el RIE establece que se considerarán como operaciones de toma de participación en una sociedad española (apdos. 1.2. y 4.1., - art. 3º). El tema requiere una cierta reflexión, porque

(235) Nos remitimos a POLO E., Dos estudios sobre los agentes mediadores del comercio; Barcelona, 1.972; págs. 30 y ss.

la Circular nº 4/74 también dice algo sobre éste punto concreto.

Por lo que se refiere a la adquisición de derechos de suscripción, estimamos que debe aplicárseles el -- mismo régimen que a la adquisición de acciones, porque expresamente el RIE efectúa la equiparación (art. 3º, 1.2.). Así, la adquisición de los derechos en Bolsa, a precio oficial, será IEC; la adquisición fuera de Bolsa, pero a precio oficial, también será IEC; la adquisición fuera de Bolsa a precios diferentes a los del mercado bursátil, es IED.

Otro matiz presenta la inversión a través de -- la adquisición de títulos de renta fija convertibles en -- acciones. El RIE, ya lo anotamos, las equipara a las operaciones de toma de participación en el capital de una sociedad española (art. 3º 4.1. en relación con su apdo. 1.), -- que puede ser la misma que los emite u otra diferente, según expusimos oportunamente. Pero la Circular parece que -- nos obliga a variar la interpretación que debería hacerse de acuerdo con el esquema alcanzado. En efecto, en la Instrucción 41, el apartado 2 considera como IEC, "la adquisición de títulos privados de renta fija convertibles en -- acciones " (apdo. 2.b), sin ulterior matización. A nuestro entender, ésta inclusión indiscriminada no puede ser atendida, primero, porque contradice el sentido que el texto -- reglamentario otorga a ésta forma de inversión. Si se equipara a la "participación" debe seguir su régimen legal, y este no es otro que el aplicarles el calificativo de IED -- cuando los títulos no están admitidos a cotización y de -- IEC cuando gocen de tal cualidad. En segundo término, porque en el caso de su canje o conversión pasarían automáticamente al régimen de IED, cuando aquellas operaciones se efectuasen con títulos de sociedades no admitidas a cotización. En todo caso, las adquisiciones por suscripción serían siempre, por su propia mecánica, operaciones de IED. Por ello, nos inclinamos a aplicarles los criterios genera

les de adscripción, prescindiendo del contenido del apartado 2. b) de la Instrucción 41 citada.

La adquisición por actos mortis causa u otros - de naturaleza análoga (Disp. Adicional 4ª, RIE), plantea-
ría, igualmente, una cuestión inicial de calificación en el caso de los títulos admitidos a cotización. Si tenemos en cuenta que, en éstos casos, la adjudicación se ha de - hacer a precios oficiales de Bolsa, parece que lo lógico sería aplicarles el concepto de IEC, lo que no se estima compatible con el sentido general que se otorga a ésta mo-
dalidad de IE.

Nos encontramos, de ésta forma, completada la -
noción de IED que el legislador de 1.974, con un criterio diferencial débil y altamente discutible, estimó oportuno establecer.

En ésta idea, podemos concluir que la traducción práctica de cuanto precedentemente se ha indicado, conduce a admitir, ante la operación de IE a analizar, que el régimen aplicable será siempre el de las IED en los casos siguientes:

1. En la constitución de todo tipo de socieda--
des anónimas y comanditarias por acciones.
2. Suscripciones en los aumentos de capital.
3. En la compra de derechos de suscripción, cuan-
do éstos no se "desprendan" de acciones admi-
tidas a cotización oficial y, aún en éste ca-
so, cuando la compra se efectúe fuera de Bol-
sa y a cambios diferentes de los oficiales -
del mercado.
4. En la compra de acciones no admitidas a coti-
zación oficial en Bolsa.

5. En la compra de acciones admitidas a cotización oficial, cuando la operación se -- formalice fuera de Bolsa y a cambios diferentes a los oficiales.
6. Compra o suscripción de títulos privados de renta fija -convertibles o canjeables- no admitidos a cotización oficial.
7. En el mismo supuesto anterior cuando, admitidos a cotización oficial, son objeto de negociación fuera de Bolsa y a precios diferentes del oficial.
8. Adquisición de acciones no admitidas a cotización oficial por sucesión testada o - intestada y donación por causa de muerte.
9. Adquisición de acciones no admitidas a cotización oficial por donación inter-vivos.

Como regla interpretativa de carácter esen-- cial, no debe olvidarse que, en operaciones sobre títulos que concedan el derecho de participación en el capital de las sociedades, el régimen de las IED juega, en nuestro - ordenamiento legal, el carácter de "régimen ordinario", - siendo el de las IEC un "régimen especial" aplicable, co- mo veremos a continuación, a supuestos donde concurren -- circunstancias formales muy específicas.

3. Inversiones extranjeras de cartera (IEC).

Ya expusimos anteriormente el criterio iden- tificador de éste tipo de IE. Cuando se trata de valores mobiliarios que no conceden a su titular participación en el capital de la sociedad, estamos ante un caso claro de IEC. Cuando la inversión se contrae a títulos de renta fija emitidos por el Estado, Organismos públicos y demás entidades a las que nos referimos al examinar el concepto -

jurídico del valor mobiliario y la concrección de su contenido, nos hallamos ante un supuesto de IEC (RIE, art. - 10). Y lo mismo sucede, aunque el tema sea ya más discutible doctrinalmente, cuando la IE se realiza en valores mobiliarios previamente circulantes, admitidos a cotización oficial, utilizando el instrumento del mercado bursátil y a los precios oficiales que en la Bolsa se fijan. Y, en esta misma línea, se incluyen las adquisiciones de certificados de participación de Fondos de inversión mobiliaria (RIE, art. 10).

La Circular nº 4/74 crea, como ya hemos expuesto, serios problemas de interpretación, sobre todo en lo concerniente a las operaciones sobre títulos privados de renta fija convertibles en acciones, porque su adscripción íntegra, sin matices, al grupo de las IEC, contradice la "filosofía" interpretativa de los textos legales. Como ya se han hecho las oportunas consideraciones no volveremos sobre éste tema.

Ante una operación de IE proyectada, el intérprete entenderá que, con arreglo a las normas vigentes, - es IEC en los casos en que haya de materializarse por cualquiera de los cauces legales siguientes:

1. Compra de acciones admitidas a cotización oficial. Cuando la operación se realice:
 - En Bolsa.
 - Fuera de Bolsa, pero a precio oficial.
2. Compra de derechos de suscripción preferente cuando se "desprendan" de acciones admitidas a cotización y la operación se formalice:
 - En Bolsa.
 - Fuera de Bolsa, a precios oficiales.
3. Compra de títulos privados de renta fija, -

convertibles o canjeables, cuando gocen de la cualidad de cotizados en Bolsa. - (Cuando los títulos en que "se convierten" o por los que se canjeen, no estén admitidos a cotización oficial, la IEC se convertirá en IED).

4. Adquisición de acciones cotizadas en -- Bolsa por cualquier título lucrativo.
5. Compra de cualquier otra clase de valores de renta fija -públicos o privados-, estén o no admitidos a cotización oficial.

C) UN NUEVO INTENTO DE CLASIFICACION.

Ya hemos visto como tanto el criterio del "control" como el de la "admisión a cotización bursátil", presentaban problemas de importancia, más el segundo que el primero, pero, desde luego, en ambos existían dudas, - vaguedades y situaciones de difícil acoplamiento legal.

El criterio del "control", referido a su -- traducción cuantitativa, no plantea incertidumbre alguna. Se establecen ciertos porcentajes límites, los cuales, al canzados o sobrepasados por la IE, implican la calificación automática de la inversión como controlada por el capital exterior (es el caso de lo que llamábamos el "con-- trol-propiedad"). No sucede lo mismo en los otros dos supuestos -"control-dirección" y control-poder"--, porque en ellos irrumpe un elemento subjetivo, la mayoría de las veces muy difícil de calibrar "objetivamente".

La noción formalista de la "admisión a cotización oficial" como criterio distintivo, hemos visto como, de hecho, produce si cabe mayores problemas de califica--

ción que el criterio de control. No creemos necesario in
sistir más sobre ello.

Parece que, en ésta tesitura, el investi-
gador deba trabajar en la búsqueda de alguna otra noción
que pudiera ser válida a la finalidad que se pretende. -
Porque una cosa parece cierta: no se puede aplicar el --
mismo tratamiento a cualquier clase de operaciones de IE.
Las condiciones de todo orden que confluyen en unas y --
otras, aconsejan la adopción de ésta óptica legal. Así -
sucede, como hemos tenido ocasión de comprobar, en casi
todos los países que admiten la variedad material en la
realización de este tipo de operaciones.

A nuestro entender, un primer criterio de
distinción que parece no pueda ofrecer serias dudas, es
el que se basa en la "materialización formal" de la ope-
ración de IE. Estos dos términos, que aparentemente po--
drían aparecer como de difícil compaginación, quieren ex
presar: la "materialización", la realización, la efecti-
vidad de la aportación, por parte del inversionista ex--
tranjero; la "formalización" el aspecto documentado de -
la realización, de la aportación exterior, o lo que es -
igual, la naturaleza jurídico-formal del título al que -
se incorpora el derecho que nace de la aportación, de la
realización de la inversión. En unos casos se producirá
la confusión entre el documento legitimatorio de la apor
tación y el título al que se incorpora el derecho (vgr.:
en la compra de un inmueble, la escritura pública de com
pra-venta actúa como título legitimatorio de la operación
y como título material del derecho a la propiedad en ella
incorporado); en otros supuestos, ambos conceptos se des
lindan más claramente (vgr.: en la constitución de una -
sociedad anónima, la escritura pública actúa como título
legitimatorio de la aportación exterior; el título/acción
como documento al que se incorpora un derecho a partici-

par en el capital social que, en virtud del título legitimatorio, corresponde al inversionista extranjero). La categoría jurídica del título-valor refleja, mejor que ninguna otra, la diferencia que hemos tratado de establecer. Y dentro de ésta noción, es la de valor-mobiliario, en el sentido y con el carácter que le asignamos en la Introducción, la que nos interesa como concepto esencial y diferenciador de la primera gran clasificación de las IE, a tenor de la cual distinguiríamos:

a) Operaciones de IE materializadas a través de valores mobiliarios.

Se incluirían en éste apartado, las IE en las que el inversionista, cualquiera que fuera el documento legitimatorio (documento notarial, póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio, documento privado), se constituyese en titular de "valores" caracterizados como "mobiliarios".

b) Operaciones de IE en las que no se produce tal circunstancia.

Tal sería el caso de los títulos de propiedad de inmuebles (art. 1280, 1º del C. c.), de los contratos de cuentas en participación (art. 240 del C. de c.), de las participaciones sociales en las SRL (art. 4º, 2º LSRL), de la creación de sucursales, apertura de establecimientos, etc.

La categoría de los valores-mobiliarios tiene bien definidos sus contornos en la doctrina jurídica, admitiendo que su creación responda a dos clases de operaciones jurídicas perfectamente tipificadas: a la "participación" y al "préstamo", que se identificarían con los valores de renta variable y de renta fija. No debemos ol-

vidar que, como ya apuntamos, en la actualidad se va notando un cierto movimiento en la dirección de borrar esta frontera tradicional (vgr.: con los títulos de renta fija convertibles, o con las obligaciones participantes o indiciadas, etc.). Sobre éstas bases, trataríamos de establecer una segunda clasificación de las IE, referida únicamente a las materializadas a través de valores mobiliarios. Y se podría distinguir entre:

a.1.) IE materializadas en valores mobiliarios de participación.

Esta idea de participación en el sentido del art. 39 de la LSA (derechos políticos y económicos), incluye la adquisición (suscripción, compra, negocios o actos jurídicos gratuitos), por parte del inversionista extranjero de:

- acciones
- derechos de suscripción preferente.

a.2.) IE materializadas en valores mobiliarios de préstamo.

Esta idea de préstamo en el sentido del art. 1753 del C.c. Incluye la adquisición (suscripción, compra, negocios o actos jurídicos gratuitos), por parte del inversionista extranjero de:

- obligaciones y títulos similares.
- Fondos públicos.
- Obligaciones indiciadas, participantes y similares.

La única modalidad de valor mobiliario que, con arreglo a la clasificación expuesta, presenta cierta dificultad de acoplamiento, es la de los valores de renta fija convertibles o canjeables por otros de participa

ción. Como solución de tipo práctico podría adoptarse la de considerarlos incluidos, en un primer momento, entre los de la modalidad a.2.), pasando a formar parte de la a.1.) en el momento en que se procediese a su canje o conversión; porque se entendería en tal caso que se producía una desinversión y una nueva inversión, sucesivamente.

La admisión a cotización oficial no debe -- ser tomada en consideración, sino es tan solo a efectos -- de desinversión, y en lo relativo al precio obtenido por el inversionista extranjero. El régimen aplicable a todos los valores mobiliarios, desde éste punto de vista, debe ser único, sin que a efectos formales puedan existir diferencias basadas en la posibilidad de negociarse en Bolsa.

Por lo que se refiere a los criterios del -- "control-dirección" y del "control-poder", aún constituyendo nociones que, en algunos casos, pueden llegar a ser prioritarias, entendemos que han de utilizarse y analizarse con sumo cuidado, y siempre, o casi siempre, concomitantemente con el de la participación societaria. Sería -- de desear que se pudieran determinar algunos criterios objetivos para éstos supuestos, pero entendemos que ello entraña serias dificultades, como se ha puesto de manifiesto al examinar, por ejemplo, el Derecho francés.

Sucede que, en éstos casos, más que a nociones jurídicas, se está atendiendo a conceptos económicos, por lo que el aplicar métodos de interpretación de tal carácter no sólo es lógico, sino conveniente. Aquí nos encontramos con un tema más, en el que lo jurídico y lo económico vuelven a cruzarse y a condicionarse de forma decisiva. El investigador se coloca ante una perspectiva enmarcada por la conjunción de los más dispares elementos conceptuales, que hacen su labor extremadamente trabajosa y aleatoria en cuanto a los resultados por alcanzar.

CAPITULO SEGUNDO.

LOS ASPECTOS POLITICOS, SOCIALES Y ECONOMICOS
DE LA INVERSION EXTRANJERA.

Sección I.- ASPECTOS POLITICOS.

Sección II.- ASPECTOS SOCIALES.

Sección III.- ASPECTOS ECONOMICOS.

En la Introducción de este trabajo, hemos subrayado muy marcadamente cómo toda la temática jurídica del fenómeno de la IE se encontraba fuertemente influida por - consideraciones de índole política, social y económica. En pocas manifestaciones de la vida del Derecho, se hace tan palpable el acento de los matices extrajurídicos como en - esta de las transferencias y los movimientos internacionales de capital, porque han actuado, y actúan, a manera de coordinadas que enmarcan toda la labor, no sólo del legislador, sino del intérprete y aplicador del Derecho.

Por ello, hemos creído conveniente, además de ilustrativo, incluir un Capítulo, éste, dedicado esencialmente a examinar y poner de manifiesto la complejidad que encierra la IE desde tales específicos ángulos. E igualmente nos ha parecido interesante intentar una breve anotación histórica sobre la evolución temporal de un acontecimiento que, desde hace siglos, ha condicionado en gran parte el - desarrollo económico de los pueblos y, en consecuencia, ha influenciado la formación de sus concepciones y sistemas jurídicos.

Sección I.- ASPECTOS POLITICOS.

Los aspectos políticos que indudablemente comporta la IE -algunas veces casi imperceptiblemente (1)- han preocupado en los últimos tiempos. La literatura existente -ahonda prácticamente sobre todos los temas e implicaciones - que acarrea la transferencia internacional de capitales y, - desde luego, recientemente, resulta difícil encontrar un análisis en el que el matiz que comentamos no se haga presente, condicionando en cierto grado a los demás. De todas formas, el tema no ha sido tratado con la profundidad que, a nuestro entender, requiere y ello es realmente una lástima por la -- gran variedad de matices que en él se dan cita.

La influencia del "factor político" en la IE se manifiesta, a nuestro entender y simplificando las cues--tiones, en tres precisas direcciones: por una parte condicionando -a través de la organización política de cada país- el movimiento de capitales, bien se trate de exportación o de -importación; en segundo lugar, por las consecuencias que puede implicar, principalmente, en las estructuras políticas de los países receptores, y más concretamente en el aspecto del ejercicio de su "soberanía" y, por último, en la estrategia "operativa" de los sistemas exportadores.

1. La organización política de cada país condiciona, en -- gran parte, el movimiento de capitales y las características que adopta.

Señala FEDE (2) que "las condiciones de orga-

(1) Como apunta ABELLAN V. (Introducción a la obra colectiva "Las N.U. y el tercer mundo, la cooperación internacional para el desarrollo"; Barcelona, 1.971; --pág. 23) gran parte de la ayuda oficial exterior a los países en desarrollo se ha asignado con arreglo a criterios políticos.

(2) Gli Investimenti Esteri, Padova, 1.959; págs. 77 y ss.

nización de la sociedad en un determinado país, conducen necesariamente a obrar en forma diferente ante un deseo común. Una fuerza institucional presupone una organización cuyos caracteres son determinados por su propia estructura, que no es otra que la que deriva de las actitudes que rigen el grupo social. En éste sentido la naturaleza de las fuerzas políticas puede ser individualizada como fuerza institucional que concurre a la realización de los fines que se refieren a las formas de vida y la organización social (3). La inversión nace por la ausencia de simbiosis entre ciertas economías que forman dos sistemas y que bajo otros aspectos muestran sus limitaciones, por lo que su actitud frente a la IE viene condicionada por el conjunto de una serie de elementos, principalmente económicos e institucionales. La actitud de exportar capital -o de recibirlo- está naturalmente condicionada por ciertas formas institucionales, lo que implica que, conociendo la naturaleza del grupo político, pueda llegar a determinarse el volumen, las formas e, incluso, el plazo de la inversión, la naturaleza de la misma, su modalidad, etc."

En línea de máxima simplicidad podría admitirse que, en la actualidad, los diferentes países que forman la comunidad mundial están adscritos, por lo que a sus sistemas organizativos (4) se refiere, a uno de estos dos -

(3) Señala este mismo autor que "los motivos políticos - institucionales no han tenido, desde luego, siempre la misma importancia; no siempre se han hecho sentir en el siglo XIX y menos en las centurias precedentes. No sucede así en el siglo actual. Ejemplos de influencia de motivos institucionales en las IE, en los siglos que precedieron al nuestro, son los "coloniales". En éstos casos, no solo por razones de política comercial o de transferencia internacional de riqueza, sino del hecho de que las colonias fueran consideradas como territorios a explotar y casi parte integrante de la metrópoli, hace que el fenómeno de la IE deba examinarse políticamente con una óptica bien diferente de las circunstancias surgidas durante y después de la segunda guerra mundial".

(4) Entendemos por "sistemas" el conjunto de disposiciones jurídicas, de instituciones políticas, de medios técnicos, de métodos de trabajo que constituyen la organización, económica y social, de un país o de un conjunto de países. Se trata -como apuntan LESOURO y GERARD (Nouvelle histoire économique, tomo I: le XIX siècle; Paris, 1.976; pág. 20)- de un término muy am

grandes apartados: los sistemas "capitalistas" de corte -- occidental (en lo político democracias inorgánicas) y los -- que aceptan los principios "socialistas" (en lo político -- las "democracias populares") (5). Los primeros reconocen co- mo "modelo incontestado" a la organización política nortea- mericana; los segundos al régimen "marxista" imperante en - la Unión Soviética (6). Sus rasgos generales han sido am- pliamente analizados y son fácilmente reconocibles en cual- quier país individualmente considerado (7).

Si continuamos en nuestra línea de la mayor generalización del tema, podríamos convenir en que a nivel popular, se identificarían los primeros con los países ex- portadores de capital y los segundos como los receptores del mismo. Tal criterio procede, desde luego, de dos considera- ciones que no dejan de tener su valor histórico, primero, y conceptual, después. En efecto, la mayoría de las naciones que se incluyen en el segundo grupo -si exceptuamos las eu- ropeas- han accedido a la independencia desde una típica si- tuación colonial, lo que implica que, por inercia, continuen siendo receptores de capital exterior. Por otra parte, en - las comunidades nacionales que funcionan en el terreno eco-

plio que se aplica a una concepción general reducida a sus elementos teóricos y a sus principios.

Sobre éstas mismas distinciones nos remitimos a LAJU GIE J., Les Systemes economiques; Paris, 1.964; págs. 2-6, y GARRIGOU-LAGRANGE A., Sistemas y estructuras económicas; Valladolid, 1.967.

(5) Esta "hegemonía bipolar de las dos superpotencias" - (como la denomina CASTAÑEDA J., "Introducción" a la obra colectiva Derecho económico internacional; Méji- co, 1.976; pág. 18) puede que hoy en día -con la apa- rición de las naciones a las que se incluye en la ex- presión genérica del Tercer Mundo- no sea tan nítida y acusada como lo fué el final de la segunda guerra mundial, pero desde luego, continua siendo válida ya que "las dos superpotencias conservan una enorme ca- pacidad de irradiación en el mundo" (CASTAÑEDA, cit.; pág. 22).

(6) Sobre éste punto puede verse: JAGUARIBE H., "Depen- dencia y autonomía en América Latina" en la obra co- lectiva La dependencia político-económica de América Latina; Méjico, 1.970; págs. 21 y siguientes.

(7) Aunque tendenciosamente expuestos, puede valer, en - línea de máxima generalidad, el análisis de TAMAMES R., Estructura económica internacional; Madrid, 1.975; págs. 45 y siguientes.

nómico bajo el "patrón capitalista" (economía social de mercado, con terminología actualizada) la propia dinámica del sistema -como tendremos ocasión de comprobar posteriormente- les impela inexorablemente a la exportación de sus capitales como medio de incrementar sus beneficios y hay quien afirma que como forma de "mantener su supervivencia" (8).

Esta idea común puede ser cierta tan solo dentro de unos términos muy matizados, porque la realidad actual nos muestra -como tendremos ocasión de aclarar- que la exportación de capitales no es un fenómeno propio tan solo de los países "capitalistas" ni que tampoco el flujo siga una sola dirección concreta y determinada hacia los países ex-coloniales, poco desarrollados económicamente. La URSS es hoy en día un país abiertamente exportador de capitales (9) que re-

(8) La exportación de capital constituye, según LENIN, uno de los pilares económicos del imperialismo, un instrumento para el reparto del mundo entre las alianzas monopolistas, el medio principal de la expansión imperialista y de la transformación del capitalismo en un sistema universal de agresión colonial y de estrangulamiento financiero de la inmensa mayoría de la población de la tierra por un puñado de países adelantados (Obras completas, tomo 22; pág. 179). Sobre la idea del monopolio como la fase última del desarrollo capitalista, también LENIN es explícito y concluyente (El imperialismo, etapa superior del capitalismo; París, hacia 1.930; págs. 21 y siguientes).

(9) RODRIGUEZ SASTRE; Las empresas multinacionales, en Revista Española de Financiación y Contabilidad; Madrid, vol. III, nº 9; julio-septiembre, 1.974; pág. 50, escribe que "también recientemente la prensa mundial se ha hecho eco de una noticia que, si ha pasado inadvertida para el gran público, ha causado verdadera conmoción en los círculos preocupados por los nuevos giros -mejor diríamos convulsiones- que en los últimos tiempos está experimentando la economía mundial: nos referimos a la primera compañía multinacional del COMECON (Interatominstrument), que se anuncia realizará sus primeras operaciones comerciales con Occidente con motivo de la exhibición nuclear que tendrá lugar el año próximo en Basilea (Suiza).

Algún comentarista ha llegado a afirmar que Interatominstrument, constituida por empresas fabricantes de instrumentos nucleares en seis países del COMECON (Bulgaria, Checoslovaquia, República Democrática Alemana, Hungría, Polonia y Unión Soviética), puede considerarse como el prototipo de las multinacionales en la Europa del Este, pese a la creencia generalizada en Occidente de que la falta de regulación en el COMECON de las compañías internacionales constituye un serio obs-

cibe al mismo tiempo inversiones procedentes de países "demo-cráticos-occidentales" (10) y, lo que es más importante, los sistemas económicos más desarrollados muestran, igualmente - en la actualidad, el más y mutuo intercambio de capitales -- que jamás se haya producido.

Cuando se analiza con cierta minuciosidad el comportamiento histórico de la IE -lo que haremos al exami-- nar el aspecto económico del fenómeno- y se pone en relación con la estructura política de sus diferentes componentes, -- surgen inmediatamente una serie de conclusiones cuya enumera- ción más general se incluye a continuación. Y éstas son, re- feridas al punto concreto que nos ocupa ahora, las siguien-- tes:

táculo para la formación de éstas y el control de sus actividades?"

— OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO: Las empresas multina- cionales y la política social; Ginebra, 1.973; pág. -- 142. "Aludiendo a la afirmación de la Sra. Ljubimova - de que no existían empresas multinacionales con sede - en los países socialistas, el Sr. Smith citó datos pu- blicados en ciertos periódicos, que indicaban que ha-- bía empresas con sede en Hungría, la República Democrá- tica Alemana, Polonia, Yugoslavia, Rumania y URSS, de- dicadas a la fabricación de baterías miniaturizadas, - al montaje de tractores, cadenas de restaurantes, cons- trucción de hoteles, exploración petrolífera, venta al por menor de productos derivados del petróleo y otras actividades, en países como el Reino Unido, Países Ba- jos, Canadá, República Federal de Alemania, Finlandia, Bélgica y en el Oriente Medio. Aludió también a la su- cursal de ventas de una firma de fabricación de automó- viles, cuya sede está situada en la URSS y que, en -- 1.971, había sido parte en un conflicto laboral en Sue- cia.

— El Sr. Allen declaró que era cada vez más evidente que la Unión Soviética invertía fondos en las economías de mercado, contratando personal extranjero y distribuyen- do y comercializando ampliamente sus productos".

— Igualmente subraya éste tema la Revista FORTUNE, febre- ro, 1.977, en un artículo titulado "Las multinaciona- les soviéticas en Occidente", donde se comenta la in- troducción de Bancos, Compañías navieras y de seguros y Leasing, e incluso de ordenadores, soviéticas, en -- los países de Europa Occidental, Oriente Medio y Asia.

En el Informe a la Unión Europea Cristiano Demócrata, reunida en Ginebra (mayo, 1977), el Comité Político, pre- sidido por el italiano Bernassola, señala que la URSS actúa en el exterior a través de 72 empresas multinacio- nales de corte capitalista; y cita a la Autoexport, la Energomashexport, etc., que llevan a cabo sus activida- des en numerosos países, entre ellos España.

- (10) Sobre el tema merece examinarse la obra de LAUTER G. P. y DICKIE P.M., Multinational Corporations and -- East European Socialist Economies; Nueva York, 1.975.

- a) Los sistemas políticos más evolucionados, son los más propensos a admitir los movimientos internacionales de capital en uno u otro sentido (exportación/importación), porque sus mecanismos de gobierno se encuentran en condiciones de responder adecuadamente al peligro "político" que pueden suponer aquellos (11).
- b) Los sistemas políticos escasamente evolucionados, que de ordinario suelen equiparse con los exacerbadamente nacionalistas, son poco propicios a éste tipo de interdependencia económica.
- c) Los sistemas totalitarios (dictadura, oligarquía) suelen aceptar el capital extranjero, cuando lo hacen, como una forma principal de "sostén político" en beneficio, casi exclusivo, del grupo dominante.

Al propio tiempo, las características que -- adornan el sistema político de un país actúan como condicionantes de las "formas" que adopte la IE del mismo y que, naturalmente, tendrán su fiel reflejo en las influencias que aparezcan en el resto de las naciones.

En éste aspecto, creemos que la honda preocupación sentida desde siempre por el pueblo norteamericano --

(11) Como reconoce un interesante Informe del Gobierno canadiense, la extraordinaria influencia de las IE norteamericanas no ha tenido un reflejo directo sobre el sistema político del país ni sobre la selección de los gobernantes, así como tampoco sobre las directrices de política exterior seguidas por igual (GOVERNMENT OF CANADA, Foreign Direct Investment in Canada; Ottawa, 1.972; págs. 307 y 316. Este Report es conocido de ordinario, como el informe GRAY, director que fué del grupo de trabajo que lo elaboró). Ponía de relieve un editorial del diario barcelonés La Vanguardia (10 de Noviembre de 1.974) que la mejor forma de combatir el peso excesiva que la IE -- ejerce sobre la política de un país, no es otro que la existencia de un Estado fuerte. No deja de ser curioso --añade-- que mientras, por ejemplo, la ITT es fuertemente atacada por su acción en países subdesarrollados, sea buscada con afán su colaboración, en un plan de igualdad, por algunos países socialistas, como Polonia.

en orden a la conservación de sus libertades políticas -en su traducción económica- independizándolas de los posibles límites tácticos que les pudieran imponer grupos de poder económico, hegemónicos e incontrolados, ha producido un incremento de la IED en detrimento de las formas "tradicionales" (IED e IE crediticia), surgiendo como consecuencia de ello el fenómeno determinante de las populares y controvertidas "empresas multinacionales" (12), la "institución maestra de nuestro orden económico y social" (13), -cuya proliferación no se duda en situar como una consecuencia más de la promulgación de las leyes anti-trust en los propios Estados Unidos (14).

Sin perjuicio de continuar posteriormente con el argumento general, creemos conveniente matizar en éste lugar los "riesgos políticos" que implica la existencia de estas Sociedades multinacionales, porque ellas constituyen hoy en día el paradigma más claro de la IE en que los mismos se evidencian.

Un estudioso del tema (15) coloca el acento de la cuestión en el hecho de los "conflictos de obediencia" que se plantean a la Sociedad multinacional debidos a la pluralidad de los países en que está implantada.

(12) Utilizamos éste término por ser el más ampliamente aceptado. También se designa a éste tipo de empresas como "internacionales" y "transnacionales". La bibliografía sobre el tema es extensísima, y a lo largo de la exposición se irá dando noticia de la más interesante.

(13) Así las califica EUGSTER C., "Les sociétés multinationales" en Revue Economique et Sociale, Lausanne, marzo 1.973; pág. 53.

(14) Sobre ésta idea abordan RODRIGUEZ SASTRE A., "Las empresas multinacionales" en Revista Española de Financiación y Contabilidad, Madrid, Vol. III, nº 9, 1.974; pág. 47, y VILLEGAS J., "Monopolio y competencia", Madrid, 1.970. Los textos básicos del Derecho antitrust norteamericano son la Sherman Act. de 1.890, la Federal Trade Commission Act de 1.914 y la Clayton Act, también de 1.914 posteriormente modificada profundamente.

(15) ORDONNEAU P., "Les multinationales contre les Etats"; Paris, 1.975 (traducción al portugués de Y.K. CENTENO; Cintra, 1.976; págs. 168 y siguientes).

Si la independencia política de los países solo se alcanza por la independencia económica y -como señala la ORDONNEAU- las opciones económicas a largo plazo están comprometidas por las multinacionales, no puede parecer extraño que se produzcan cuestiones referentes a la independencia política: la imposibilidad de conducir libremente -- una parte de su economía, y sobre todo los sectores esenciales para el futuro, agravan mucho las opciones políticas de cualquier país. La pérdida del control del desarrollo económico, científico y cultural reduce indirectamente a casi nada la independencia política.

Tres clases de "conflictos de obediencia" individualiza el mismo autor francés: 1) Conflictos entre las decisiones tomadas por la sede central de la Compañía y las decisiones del Estado receptor de la inversión (16); 2) conflictos entre las decisiones de la sede y las tomadas por los Estados de origen (17) y 3) los conflictos entre las decisiones de los Estados de origen y recepción de la inver--

(16) Se trata, en realidad, del supuesto más simple de -- "conflicto" y del que existen numerosos ejemplos. -- Así, a propósito de los problemas a largo plazo, se ha observado que el Estado receptor no puede obligar a una filial a aumentar sus inversiones, aunque ello parezca esencial para la economía nacional. Si los -- proyectos de la Sede no contemplan un desarrollo de ésta filial en particular, el Estado receptor no dispone de hecho de ningún medio eficaz para obligar a las filiales a respetar sus decisiones. Igual sucede para el caso de reestructuración de sectores económicos o en materia monetaria o crediticia (págs. 175-176).

(17) Las naciones de origen pierden una parte de su poder de coacción sobre las multinacionales debido, precisamente, al mismo hecho de la dispersión de las filiales por el extranjero. Una Sociedad tiene toda la libertad para poder hacer por sus filiales lo que le -- está prohibido por las autoridades de las que depende.

Un ejemplo clásico de ésta situación es el de las -- firmas USA que se instalaron en Canadá y en Europa -- para soslayar la prohibición dictada por el Gobierno de su país de negociar con China. Más recientemente es claro el ejemplo de las Sociedades inglesas para burlar el embargo del comercio con Rodesia o la venta de armas a Africa del Sur, y atender al deseo de la opinión pública internacional.

La creación del mercado del curso-dólar parece tener su origen en causas similares a las descritas, es decir, la existencia de prohibiciones de carácter interno. (Págs. 176-177).

sión (18). El resultado de todo ello no puede ser otro que el de coartar la libertad política de actuación de los Gobiernos ante el temor de un enfrentamiento "subterráneo" -- con tales Sociedades, que puede desembocar en situaciones realmente conflictivas. Es parte de su "leyenda negra". El reverso de la medalla lo encontrará el lector en la parte -- que dedicamos al "aspecto económico" de la IE. Porque no todo es negativo.

No obstante, debemos reconocer que las actividades de las empresas multinacionales en el cuadro de las relaciones internacionales han provocado, a menudo, conflictos de gran envergadura (19) y que son muestra suficiente -- para que nos percatemos del gran porcentaje de carga política que encierra el fenómeno que comentamos (20).

(18) En las condiciones descritas en la nota anterior, es natural que los Gobiernos de los países de origen se esfuercen por conseguir que las filiales actúen conforme a sus decisiones. Disponen para ello de ciertos medios de coacción que impedirá a la Sociedad -- traspasar abiertamente los límites y obligaciones impuestos por las autoridades de las que depende su sede central; entre ellos la posibilidad de perder su protección en las relaciones con el extranjero. Por ello, bien sea por la fuerza, bien sea por su interés en hacer respetar las decisiones del Estado de origen por parte de las filiales, se desencadena un conflicto entre las opciones del Estado de origen y las del Estado receptor.

Esta modalidad de conflicto es en realidad clásico: los intereses de las naciones raramente están de -- acuerdo y sus finalidades políticas no son, naturalmente, semejantes. Los choques se producen inevitablemente. Las Sociedades multinacionales introducen en éstos conflictos un elemento nuevo en la medida -- en que se revelan simultáneamente ciudadanos de varias naciones y en la obligación de someterse al mismo tiempo a decisiones contradictorias.

(19) Les Sociétés Multinationales, ST/ECA/190, Nations -- Unies, cit., págs. 45 y siguientes.

(20) A este respecto, BILDER (Corporaciones multinacionales en América Latina; prólogo, pág. 8) señala que "algunos autores nos indican que estamos frente a -- una nueva forma de presentación del viejo y siempre actual problema del imperialismo y la dominación. -- Es que lamentablemente la larga historia del colonialismo y la dependencia sigue sumando capítulos que solo cambian de carátula. Antes eran las invasiones y los ejércitos mercenarios, fácilmente identificables como saqueadores. Pero sus técnicas fueron refinándose, y así en los últimos años aprendimos con la CEPAL la cuestión del "deterioro -- de los términos de intercambio"; después nuestras vinculaciones con los organismos llamados "interna-

Quizás porque cada vez se hace más difusa la frontera entre los hechos económicos y los políticos, es lo cierto que en muy pocos acontecimientos políticos internacionales de los últimos tiempos ha dejado de aludirse, más o menos - claramente, a las influencias que en su desarrollo han tenido los grandes grupos económicos supranacionales (21). Todas las recientes ideas sobre las nuevas formas de "colonialismo"

cionales", tales como el F.M.I., endeudaron progresivamente a los países latinoamericanos, atándolos a cláusulas leoninas. Hoy nos enfrentamos con las "empresas multinacionales".

Existe el temor -se ha escrito- de que la subsidia--ria local de la empresa internacional sea usada como un instrumento de la política exterior del Gobierno de la Compañía matriz (Business International: The International Corporation and the Nation-State; N. York, 1.968, cit. por GRANELL F., Las empresas multinacionales y el desarrollo; Barcelona, 1.974; pág. 149).

- (21) Por no citar sino los ejemplos más recientes se podría aludir a lo acaecido en el Congo (Katanga) o en las colonias portuguesas de Africa. También pone de relieve BILDER en el prólogo a la obra colectiva titulada "Corporaciones multinacionales en América Latina" (Buenos Aires, 1.973) el ejemplo típico de la "tristemente célebre International Telephone and Telegraph (ITT), con aproximadamente 428.000 empleados en 93 países, y cuya especialidad, como su sigla lo indica, abarca el ámbito de las comunicaciones, aunque eventualmente sirva para montar complots tendentes a derrocar a los Gobiernos que no entiendan su generosidad". Estas líneas se escribían en agosto de 1.973, produciéndose al mes siguiente la caída del Gobierno de la Unidad Popular en Chile, en cuyo acaecimiento -según nos enteramos la prensa y han subrayado las propias N.U. (Efectos de las empresas multinacionales en el desarrollo y en las relaciones internacionales; E/5500/1; pág. 50 y ss.)- ha tenido parte esencial la citada Corporación multinacional. No obstante, como apunta COLLIARD C.A., (Institutions des relations internationales; 6ª edición; París, 1.974; págs. 814-815) "de todas formas la empresa internacional tiene una gran debilidad al carecer de territorio. Las diferentes Sociedades, las múltiples instalaciones de un grupo internacional están ubicadas sobre territorios sometidos a la soberanía de los diferentes Estados", de ahí que las soluciones de fuerza sean cada vez más difíciles de emplear. Se refiere este autor a los casos de Sociedades como la Compañía del canal de Suez, la anglo-iraniana, las empresas cupríferas de Chile, etc. Es curiosa, en este sentido la lectura del libro de SAMPSON A., Las siete hermanas (Las grandes compañías petroleras y el mundo que han creado), Barcelona, 1.977, en el que se citan los casos de Irán, Libia, etc. y de cómo el boicot de la OPEP, impuesto a Holanda fué evitado -- por la Shell.

(22) no puede negarse que se encuentran intensamente im-
pregnadas de un contenido esencialmente político (23) -

(22) Es un hecho generalmente reconocido que cuando un --
país desarrolla su capacidad de producción por enci-
ma de los demás, no sólo tiende a promover una expan-
sión económica que rebasa sus fronteras, sino que ne-
cesita hacerlo, para impedir el receso de su econo-
mía. A este respecto dice Kuznets: "Un país que cre-
ce rápidamente tiende a la expansión del territorio
bajo su soberanía, y a la penetración económica de -
nuevas áreas, en las que sin adquirir la soberanía,
trata de asegurarse condiciones favorables para el -
intercambio económico. Estas tendencias expansionis-
tas son una consecuencia natural del crecimiento eco-
nómico siempre que el proceso sea acometido por indi-
viduos agresivos, y en tanto la producción económica
no puede ocurrir en el vacío, sino debe depender del
uso de la tierra y otros recursos naturales" (Kuznets,
p. 308). Una de las formas más importantes en la ac-
tualidad para satisfacer la necesidad de esta expan-
sión -que abarca por igual el uso de los recursos hu-
manos- es la exportación de capitales. PABLO GONZA-
LEZ CASANOVA (La ideología norteamericana sobre in-
versiones extranjeras) cit.; pág. 63.

Como indica KAPLAN (Lo viejo y lo nuevo en el orden po-
lítico mundial; Méjico, 1.976; pág. 28) "en el bloque so-
viético este fenómeno ha tenido y tiene su equivalente
específico en fenómenos de dominación y explotación a -
través de mecanismos múltiples (políticos, militares, comer-
ciales, financieros). A ello corresponden ante todo la -
política de pillaje de Europa Oriental practicada --
por la URSS desde 1.945 hasta la fase kruschevita;
el trato igual a este respecto para países aliados -
y enemigos en la segunda Guerra Mundial; las opera-
ciones de desmantelamiento industrial; las "socieda-
des mixtas". Más tarde, a través de políticas y meca-
nismos de diverso tipo (comercial y financiero, ban-
cario y monetario, científico y tecnológico, políti-
co y militar), y de la instauración del COMECON, la
URSS impone a los países de Europa Oriental y a los
de una parte del Tercer Mundo una nueva división in-
ternacional del trabajo que determina también para -
aquellos efectos de especialización deformante, expo-
liación y descapitalización, y subordinación colonial."

(23) Les sociétés multinationales et le Développement
mondial; cit. "En numerosos países en vías de
desarrollo, muy a menudo se considera que la -
Sociedad multinacional hace las veces de agente extran-
jero para el logro de una dominación imperialista y -
para perpetuar la dependencia político-económica e in-
cluso en países de economía desarrollada, se ha consi-
derado de ordinario que el control de ciertos sectores
claves por las Sociedades multinacionales de origen -
extranjero, constituye un atentado grave a su indepen-
dencia política, es decir, a su soberanía propiamente
dicha.

KREPS (Point Four and the Domestic Economy, citado por
GONZALEZ CASANOVA, La ideología norteamericana sobre -

inversiones extranjeras cit.; pág. 29, artículo publicado en "The Annals" (marzo, 1.950, pág. 165), escribe en relación con la política de IE seguida por los Estados Unidos: "Damos al resto del mundo lecciones de alta moral sobre las bendiciones de la libertad y la democracia, mientras los representantes de los negocios y la banca americana, no pocas veces protegidos con la inmunidad gubernamental y militar, reconstruyen los -- carteles monopolísticos y restauran a los jefes totalitarios en el poder ..." Kreps ha alcanzado el nivel de abstracción necesario para que su actitud emocional y sus creencias económicas y morales se manifiesten plenamente, señalando todos los deberes de la política -- norteamericana. Pide así que en sus futuras relaciones con los países extranjeros, los Estados Unidos -- procuren evitar los acuerdos de los carteles, el control "excesivo" de los gobiernos en que se invierte, la discriminación del personal indígena. Pide que si los Estados Unidos hacen en lo futuro tratados de inversión respeten la individualidad de la cultura, y las costumbres de los otros países; que se abandone "uno de nuestros vicios favoritos, el decir a las naciones cómo deben conducir sus negocios"; que no se exija que los créditos intergubernamentales se hagan de acuerdo con las convenciones norteamericanas, lo cual es "arrogante y fútil"; que se respete la independencia de los pueblos y su natural deseo de ser -- independientes, que no se imiten las "prácticas económicas fascistas de tratados bilaterales, cuotas y favores especiales a los cooperadores", pues constituyen "el arma principal en el arsenal económico de los regímenes neomercantilistas y totalitarios". Y -- CARL MC. GUIRE (Pount Four and the National Power of the USA; en American journal of Economic and Sociology, Vol. XI, nº 3, abril 1.952, págs. 343-356) afirma -- sin reticencias que "la política americana de asistencia a las áreas subdesarrolladas del mundo, conocida comúnmente como el Punto IV, es básicamente un plan de poderío (a power device). Es un instrumento destinado a fortalecer la posición de poderío de los Estados Unidos en la lucha mundial contra el comunismo soviético, y así es reconocido por los participantes en este conflicto de poderes, incluyendo a los -- comunistas".

Durante los días 9, 10 y 11 del mes de mayo de 1.977 se celebró en la Facultad de Económicas de la Universidad de Barcelona un Simposio sobre Imperialismo. -- Entre otros se trataron los siguientes temas: Empresas y Bancos multinacionales; relaciones economía-cultura en el marco del imperialismo; caso de América -- Latina. El ejemplo es de por sí elocuente.

- (24) HELIO JAGUARIBE (Dependencia y autonomía en América Latina, en la obra colectiva La dependencia político-económica de América Latina; Méjico, 1.976, pág. 46) escribe que "Es importante señalar que Estados Unidos está envuelto en un proceso objetivo de imperialismo del cual no se da colectivamente cuenta. El -- pueblo norteamericano, tal como ha sido captado por medio de encuestas a la opinión pública y otras for--

mas apropiadas de investigación, no se considera imperialista ni desea serlo. Hasta los sectores que -- mantienen proyectos deliberados de expansión de su -- influencia, como los hombres de negocios, particularmente de las grandes empresas y del establecimiento militar, no conciben sus proyectos como imperialistas. Estos proyectos son considerados como la simple extensión ultramarina de un proceso de expansión de negocios que les parece éticamente legítimo y socialmente benéfico, siempre que sean respetadas ciertas reglas del juego. En el plano político-militar, consideran las formas de expansión del poder o de la influencia norteamericana como parte integrante de un amplio sistema de defensa de la seguridad nacional norteamericana, con la cual identifican la defensa del mundo libre y la democracia, de un modo semejante a aquel por el cual la Unión Soviética, hasta la reciente crisis del comunismo internacional, consideraba que la defensa de los intereses de la madre patria del socialismo eran la defensa del socialismo".

BERNARDO SEPULVEDA y ANTONIO CHUMACERO; La Inversión extranjera en México; México 1.973; pág. 46, escriben que "Otros casos no son dados a la publicidad por representar formas más solapadas de intervención en las cuestiones internas de una nación. En efecto, resulta aún sorprendente advertir que enviados diplomáticos norteamericanos asuman la defensa de la inversión extranjera en los países en que tienen su sede diplomática cambiando la función pública que les corresponde desempeñar como representantes de un Estado, por la de gestores de intereses y negocios privados. El 12 de octubre de 1.972, el embajador norteamericano en México, Robert Mc Bride, pronunció un discurso ante un grupo empresarial, y señaló que, "como -- parte de mi cargo, frecuentemente estoy en contacto con representantes de negociaciones tanto de Estados Unidos como de México. Permítanme decir con mucha -- franqueza que he notado una actitud, no de alarma, -- sino de cierta preocupación. Muchos no tienen la certeza respecto a si todavía se desea la inversión extranjera o si no se quiere, y sobre si pueden llegar a cambiarse las reglas del juego --no solamente en -- cuanto a las nuevas inversiones, sino también respecto a las firmas ya establecidas". La intervención -- del embajador Mc Bride recibió críticas por parte -- del sector gubernamental y por parte de un buen número de comentaristas nacionales. Para los textos pertinentes, véase Comercio Exterior, octubre, 1.972, -- pp. 937-951. Esta intervención no constituye un fenómeno aislado. Por ejemplo, a principios de 1.972, el embajador norteamericano en Australia se pronunció -- abiertamente, también en una reunión de hombres de -- negocios, en favor del capital foráneo sin limitaciones, provocando una fuerte reacción en los medios políticos y la opinión pública australianos. En momentos en que el gobierno de Australia estudia posibles formas de control de la inversión extranjera, insistiendo en una mayor proporción de participación nacional en la propiedad y el control de la empresa extranjera, los comentarios del embajador Rice no resultaron particularmente oportunos.

Méjico, cit.; págs. 46-47, escriben que "como lo demuestra la historia de las relaciones entre Estados Unidos y América Latina, las naciones del subcontinente, cuando adoptan políticas nacionalistas, han sido objeto de presiones norteamericanas de índole económica, que en más de un caso se combinan con las de naturaleza política o similar. Los países situados en el área del Caribe han sufrido intervenciones armadas por parte de Estados Unidos bajo el pretexto de la protección de intereses económicos o estratégicos. Los ejemplos que proporcionan Guatemala (1.954), Cuba (1.961) y República Dominicana (1.965) dejan constancia reciente de la indisposición estadounidense para permitir que, en lo que considera sus áreas de influencia, se apliquen políticas nacionalistas".

- (26) GIOVANNI ROGGERO-FOSSATI; I Movimenti internazionali di capitale; Milán, 1.972, (pág. 98).

DONALD BAILEY MARSH, en su obra "Comercio Mundial e inversión internacional", Méjico, 1.957, (págs. 635/6), escribe literalmente que "ocurre a veces que las inversiones directas se hacen, no con vistas al ingreso que puedan aportar a la compañía matriz, sino por razones de política estatal. En otras palabras, la inversión está inspirada por el Gobierno y, a veces, financiada por el Gobierno. En el curso habitual de los acontecimientos, la inversión abre el camino para una acción política o militar posterior. Sin embargo, hay que señalar que esto no es un imperialismo "ortodoxo", es un imperialismo a la inversa. Pues, como ha demostrado Eugene Staley, con una convincente serie de casos, "las inversiones privadas en el extranjero resultan con mucha mayor frecuencia instrumentos de la diplomacia, que instigadoras de la acción diplomática en los casos de fricción internacional originada por la inversión directa, que pueden ser calificados como peligrosos (es decir ... que probablemente conduzcan ... a una guerra entre las grandes potências)". Los mejores ejemplos del Sr. Staley son precisamente las inversiones a las cuales a menudo se hace referencia en la literatura sobre el imperialismo denominándolas como típicamente imperialistas: a saber, las inversiones en el Yalú, que se suponía habían provocado la guerra ruso-japonesa, y las inversiones del Banco de Roma en Trípoli, que se convirtieron en la explicación corriente de la guerra italo-turca de 1.911-12. En ambos casos, Staley demuestra que las inversiones no fueron causas independientes del conflicto, pues las causas eran anteriores a las inversiones y éstas mismas se realizaron sólo para apoyar una acción política y militar ya decidida por otras razones. El uso político que cabe hacer de las inversiones privadas extranjeras puede resultar muy distinto del que los inversionistas mismos deseaban. Incluso cuando el objetivo del inversionista privado es puramente económico, la existencia misma de la inversión ofrece numerosas posibilidades políticas. Las inversiones directas están particularmente cargadas de significación política, porque son, en realidad, una exportación tanto de la potencia directiva como productiva de una nación, y los ciudada-

El impacto que ciertas normas legales extranjeras pueden producir sobre la actuación política de los Gobiernos cuyos países reciben la IE, no puede dejar de reconocerse, porque la "extraterritorialidad" de aquellas se manifiesta claramente en el encorsetamiento que se aplica a la libertad de acción de éstos. Los casos de la "Trading with the Enemy Act" (1.917), de la "Export Administration Act" (1.969), de las normas anti-trust (Sherman y Clayton Acts), de la "Securities Exchange Act" (1.934) y de la "Securities Amendment Act" (1.964), o de la "Interest Equalization Tax" (1.963) del Derecho norteamericano, y su impacto extraterritorial son ampliamente representativos del peligro apuntado (27).

2. Efectos políticos que puede producir la IE en los países receptores.

En una interesante monografía sobre la ayuda a los países en vías de desarrollo, François LUCHAIRE (28)-- alude, entre los motivos que la generan, en primer lugar, a las "justificaciones políticas", las cuales son analizadas por el autor desde un doble prisma; según se considere el in

nos del país inversionista, gozando de derechos de protección diplomática establecidos desde hace tiempo, se presentan en el país extranjero junto con el equipo capital y el resto del mecanismo de la inversión real. -- Los propósitos nacionales con respecto al extranjero, -- buenos o malos, pueden alcanzarse más fácilmente una -- vez que esta cuña inicial ha penetrado en el sistema -- económico del país extranjero."

RAYMOND BARRE, Economía política, Barcelona 1.958, pág. 553, escribe que "El Plan Marshall no se dirigía solamente a evitar la miseria en los pueblos de Europa occidental, sino también a luchar contra la penetración comunista y a defender una determinada forma de vida social y política".

(27) Para el examen del caso concreto de Canadá, nos remitimos al Informe GRAY, cit.; págs. 253-290.

(28) FRANÇOIS LUCHAIRE, La ayuda a los países subdesarrollados; Barcelona 1.971; págs. 12 y ss.

terés público del país beneficiario (29) o el de la paz del mundo (30), argumentos que se han utilizado, muchas veces, -

(29) LUCHAIRE, La ayuda, cit.; (págs. 12-14), escribe a este respecto que "la ayuda internacional aumenta siempre la influencia política -o al menos cultural- del que da la ayuda sobre el que la recibe, aunque sólo fuera a causa de la presencia de numerosos agentes o súbditos del primero en la capital del segundo. Pero, esta influencia, ¿puede acarrear una dependencia política? - ¿El país ayudado se convierte, en relación con el -- país que proporciona la ayuda, en un "cliente" en el sentido latín del término? Esto depende de las ayudas de repuesto que el país beneficiario puede encontrar en el caso en que rehúse las condiciones que el que - lo ayuda querría imponerle. Ahora bien, estas ayudas de repuesto existen a causa de la división de las -- grandes potencias. Tanto es así que, habiéndose prestado Estados Unidos a financiar en Bokaro la construcción de una fundición de acero con tal de que una empresa privada se encargara de ella, la India, que quería constituir la en una empresa pública, la hizo construir por la U.R.S.S. Del mismo modo, cuando la U.R.S.S. cesó de ayudar a Albania, esta se volvió hacia - China comunista. A este respecto, cuanto menor es un Estado, mejor está protegido, ya que la ayuda de re-- puesto que necesita es mínima. China pudo ayudar a Cuba durante algunos años, pero no podría reemplazar a los occidentales ni a los soviéticos en la India. De hecho, un país subdesarrollado no se considera políticamente ligado por la ayuda que recibe. Cree que tiene derecho al desarrollo, que la ayuda es una obligación internacional y no un favor y, por fin, muy a menudo, que los países industriales son responsables de su subdesarrollo; a estos últimos no se les debe, pues, mucho agradecimiento. No obstante, en caso de que la ayuda no transforme al beneficiario en vasallo del país que la proporciona esta se interrumpe si el primero - se convierte en adversario del segundo o, simplemente, si no ejecuta los tratados que los unen: la ayuda americana a Cuba cesó con Castro, la U.R.S.S. no ayuda a la Albania estalinista, Francia interrumpió en 1.964 su ayuda financiera a Túnez, que "nacionalizó" las -- tierras que pertenecían a franceses antes de la pre-- visto por los acuerdos franco-tunecinos. Así, la ayuda no obliga a la dependencia, pero esta ayuda, incompatible con la enemistad, es facilitada por la amistad. Además, mucho más que crear esta amistad, la consata. Es la consecuencia -y no la causa- de ciertas - relaciones entre Estados".

(30) LUCHAIRE, La ayuda, cit.; (págs. 14-16) señala que "la ayuda contribuye a la seguridad mundial de diversas formas. a) A corto plazo.- Los países occidentales creen que la subversión comunista es alimentada por los desequilibrios económicos y por la miseria: contribuir al desarrollo de los países pobres, asegurar a cada individuo -no la riqueza, sino un crecimiento constante de su nivel de vida- es, pues, protegerlo del comunismo. Esto no es siempre verdad, ya que un exceso de -- presencia y de influencia occidentales desencadena, a veces, una reacción nacionalista xenófoba que el comu

nismo -aunque internacionalista- sabe perfectamente - utilizar. Ahora bien, es exacto que la miseria puede provocar en un país determinados desórdenes o revoluciones, en el curso de los cuales se enfrentan por las armas partidarios y adversarios del mundo occidental. Occidentales y comunistas se ven inducidos a intervenir y, en los países en litigio, puede entonces saltar la chispa que provoque un incendio difícil de limitar después. El equilibrio político del mundo actual es bastante precario y es prudente mantenerlo. Entonces se reprocha a la ayuda occidental de mantener artificialmente gobiernos que, sin esta ayuda, se hundirían y deberían ceder su puesto a grupos más jóvenes. Este reproche no es siempre fundado: en 1.963, en el Congo (Brazzaville) precisamente los "jóvenes" tomaron el poder tras unos disturbios. Sin embargo, es verdad que sin la ayuda exterior -sobre todo cuando esta es indispensable para equilibrar el presupuesto de funcionamiento- ciertos gobiernos se hundirían. Pero los Estados que suministran la ayuda no pueden -sin inmiscuirse en los asuntos de los Estados beneficiarios- interrumpir su ayuda bajo el pretexto de considerar (¿en virtud de qué criterio?) que el gobierno del país que recibe la ayuda no goza de la confianza de su pueblo. b) A largo plazo.- La división del mundo entre países desarrollados y países subdesarrollados es muy peligrosa, y esto tanto más en cuanto que el desfase entre las dos categorías de países aumenta en la misma proporción que las poblaciones de los países subdesarrollados. Sin los esfuerzos internacionales actuales (e incluso sin su acentuación) en el año 2.000 los Estados desarrollados representarán la cuarta parte de la población del globo, y dispondrán por habitante de un nivel de vida 40 veces superior a la renta media de las tres cuartas partes restantes de la humanidad. Esta no resistiría una tal oposición. La visión apocalíptica de Karl Marx, que veía hundirse la sociedad capitalista como consecuencia de la oposición entre ricos y pobres, no se ha realizado a escala nacional, pues los niveles de vida se han equilibrado en el interior de los Estados industriales (de economía capitalista, dirigista, liberal o comunista) pero correría el riesgo de realizarse a escala mundial. c) La coexistencia pacífica.-A menudo nos preguntamos si el mundo se separa, no en países comunistas y países no comunistas, sino en países desarrollados y países subdesarrollados. Ahora bien, esta última separación es tanto más grave en cuanto que, Japón aparte, opone la raza blanca a las razas de color, que en China disponen de una fuerza considerable. Interesa a los Estados industriales -comunistas o no- evitar tal enfrentamiento y luchar en común contra el subdesarrollo. Actualmente se pueden citar numerosos ejemplos de esta "coexistencia" en la ayuda: la U.R.S.S. y Estados Unidos ayudan, los dos, a la Unión India; la U.R.S.S. ha construido en Mali una Escuela de Administración en la que enseñan profesores franceses; los Estados comunistas compran a los países occidentales equipos que luego trasladan a los países subdesarrollados. La ayuda a los países subdesarrollados no constituye ya el resultado de una lucha de influencia entre el mundo occidental y el comunismo, sino la manifestación fundamental de la coexistencia pacífica."

miento de los países menos desarrollados constituye "la manifestación fundamental de la coexistencia pacífica", lo que implica inyectar, indudablemente, una elevada dosis de carga política al tema que abordamos.

La faceta política de la IE se plantea, más o menos, en los términos siguientes: la entrada de capital extranjero en un país: ¿acarrea el establecimiento de un vínculo político, o de dependencia política, entre los países exportadores e importadores del capital? La cuestión ha sido ampliamente debatida desde antiguo (31), porque tiene una importancia fundamental (32) sin que se haya alcanzado, por el momento, una respuesta unánime en un determinado sentido.(33).

Refiriéndose al tema de las empresas multinacionales -ejemplo típico de la modalidad de IE "más peligrosa" hoy en día y que podríamos equiparar, salvando matices, con la inversión exterior en general y la inversión directa

- (31) Baste recordar la obra de SEVILLANO V., La España ... ¿de quien? Ingleses, franceses y alemanes en éste -- país; Madrid, 1.936, dedicada "a la gloriosa memoria de los héroes de Villalar, muertos por haber intentado, entre otras nobles cosas, impedir la salida del oro español y la colocación de extranjeros en el Reino".
- (32) La empresa multinacional representa la creación de un vínculo entre las naciones y un viaducto para transmitir presiones de un país a otro, lo que se traduce en importantes implicaciones para la capacidad de un -- país de controlar su economía y para sus relaciones con los demás países (HYMER, Le Imprese multinazionale, Turin, 1.974; pág. 63).
- (33) Ha escrito TURNER (Las Sociedades multinacionales: los imperios invisibles; Barcelona, 1.973; págs. 50-51) - que "por razones obvias, los políticos de los países que reciben a las Compañías multinacionales enfocan el problema con demasiada emotividad" utilizando términos como "colonización", "neocolonialismo", "ilotismo industrial" u otros que "expresan la inquietud de los individuos políticamente sensibles de ambos extremos del espectro político. ¿Hasta que punto están justificados estos temores? Tanto la izquierda, como la derecha, tienen motivos de inquietud. Los nacionalistas de derechas, se inquietan ante la llegada de extranjeros que vienen a comprar el control de su tierra natal, mientras que los nacionalistas de izquierdas se inquietan por la ideología política de los que dirigen las empresas multinacionales, y del Gobierno en cuyo país se hallan los cuarteles generales de éstas empresas. Unos y otros creen que al aceptar las subsidiarias de las multinacionales, el país queda abierto a una presión de naturaleza política".

en particular (34)- un documento oficial (35) pone de relieve que, en un cierto sentido, las múltiples operaciones que realizan y su influencia omnipresente en los países de penetración pueden ser considerados como una "amenaza para la soberanía nacional" (36). Esta amenaza tiene dimensiones económicas (37), sociales, políticas y culturales, inseparables - las unas de las otras porque, de ordinario, las tensiones y los conflictos que se producen constituyen el resultado de la interacción compleja de numerosos agentes en multitud de campos (38). Pensemos -ha escrito BEHRMAN (39)- que, a menudo, la Sociedad multinacional es capaz de eludir o de soca-

-
- (34) Escribe HYMER (The Multinational Corporation and the Law of Uneven Development en la obra colectiva Economics and World order from 1.970 to the 1.990; Londres, 1.972): ¿Cual es la naturaleza del monstruo? Tiene varios nombres: "Direct Investment", "International Business", "International Firm", "International - Corporate Group", "Firma multinacional", "Multinational Enterprise", "Multinational Corporation", "Multinational Family Group", "WORLD Wide Enterprise", "La Grande Entreprise multinationale", "La Gran Unité Pluriterritorial", "La Gran Unité International", o como el Ministro de A. Exteriores de Francia las denominó: "Las monstruosas firmas norteamericanas (M.DEBRE, citado en Fortune, Agosto 1.965; pág. 126)".
- (35) ONU; Les sociétés multinationales et le developpment mondial, cit.; pag. 49.
- (36) BILDER (Prólogo, cit.; págs. 8-9) señala que "vale la pena recordar que la historia económico-política guarda -- frondosos capítulos dedicados a los monopolios comerciales, como la famosa East Indian Co., británica, -- que durante centurias simbolizó al imperialismo inglés. Mucho más directamente vinculada a Latinoamérica, mencionaremos a la Unit Fruit Company, que en la década de los 30 manejaba gobiernos y pueblos de Centroamérica, controlando más de dos millones de hectáreas".
- (37) Sobre éste aspecto de la soberanía nos remitimos a PE COURT E., "La dimensión económica de la soberanía estatal: sus perspectivas actuales y su repercusión en el Derecho Internacional contemporáneo" en Rev. Española de Derecho Internacional; Madrid, 1.963, Vol. XVI, nº 3; págs. 459 y ss.
- (38) Sobre éste particular nos remitimos a la publicación de las NACIONES UNIDAS sobre Las inversiones privadas extranjeras en la zona latinoamericana de libre comercio, Diciembre, 1.960, págs. 4 y 20/21.
- (39) BEHRMAN J.N., National Interests and Multinational Enterprise; Tensions among the North Atlantic Countries (Prentice Hall; 1.970).

- (40) Además de cuanto se ha indicado anteriormente, añade - HYMER (Le imprese multinazionali; cit., pág. 63) que -- las fuentes de conflicto entre empresas y Gobiernos se producen porque aquellas deben actuar, de ordinario, - contemplando una jerarquía de decisión con más de un - vértice. Además de sus propios objetivos internos, la empresa es responsable frente al Gobierno del país de origen y frente a los Gobiernos de los países en que - operan sus asociados o filiales. La existencia de és- - tos diferentes frentes de autoridad, pueden colocar fá- - cilmente a la empresa frente a difíciles dilemas.

Sobre éste tema nos remitimos a TUGHENDAT, CH, Las em-
presas multinacionales, Madrid, 1.973; TURNER, L. Le -
capital international, Paris, 1.971; BEHRMAN, J.N. The
Multinational enterprise y Nation States, Th shiftinf
balance y Power, The multinational enterprise in Tran-
sition Selected Reading y Essays (págs. 411 y ss.) Prin-
ceton, 1.972; BEHRMAN, The Multinational enterprise; -
its initiatives governmental reactions en Journal of -
International law economics, Enero 1.972 (págs. 215 y
ss.); DUNNING, J.H. Multinational enterprise and Nation
States, The multinational enterprise transssition. Se--
lected reading y Essays, Princeton 1.972, (págs. 402 y
ss.); FAYERWEATHER, J., Nationalism y the multinational
firm, the multinational enterprise in transition; Se--
lected Reading y Essays, Princeton 1.972 (págs. 339 y
ss.); FAYERWEATHER, J., 19th Century ideology y 20th -
century reality, en Columbia journal of world business,
1.966 (págs. 77 y 22.); GILPIN, R., The politics of --
transnational economic relations en International orga-
nization, 1.971 (págs. 398 y ss.); JOHNSON, L.L., U.S.
private investment in Latin America: Some questions of
national policy, Santa Mónica, 1.964 (pág. 86); KAISER,
K., Transnational politics Toward a theory of multina-
tional politics en Internacional Organization, 1.971 -
(págs. 790 y ss.); KENNET, W.; WHITTY, L. HOLLAND, S.,
Sovereignty y the multinational companies, Londres, --
1.971 (pág. 28); LITVAK, I.A. y MAULE, C.J., The multi-
national firm y conflicting national interest, en Jour-
nal of World trade Law, mayo-junio, 1.969 (págs. 309 y
ss.); MEDERSHAUSEN, H., Transnational society versus -
State sovereignty, en Kyklos, 1.969 (págs. 251 y ss.);
MILLER, A.S., The multinational corporation y the na-
tional state, en Journal of World trade law, mayo-junio
1.973 (págs. 267 y ss.); MURRAY, R. The internationa-
lization of Capital y the nation state, en The multi-
national enterprise, Londres 1.971 (págs. 265 y ss.);
PARRY, T.G., The international firm y national econo-
mic policy. A Survey of some issues, en Economic Jour-
nal, Diciembre, 1.973 (págs. 1202 y ss.); PENROSE, E.
T., the State and multinational enterprise in lessde-
velopment countries, en The multinational enterprise,
Londres, 1.971 (pág. 221 y ss.); RUBIN, S.J., Multina-
tional enterprise and national sovereignty: A spectic's
analysis en law y Policy, en International Business,
1.971 (págs. 1 y ss.); STREETEN, P. The multinational
corporation y the nation state, en The frontiers of -
development studies, Londres 1.972 (págs. 223 y ss.);
VERNON, R., Multinational enterprise y national sove-

estas corroboradas por un "Report" oficial canadiense (41) - en el que se alude a "la tendencia inherente en las inversiones directas extranjeras a que puedan escoger, y eligen a menudo, actuar de acuerdo con las directrices de la política - del país en que actúan, pero el simple hecho de gozar de la posibilidad de elegir -y del "poder de escoger"- ya constituye un factor de inquietud para el país receptor". Se trata - de la existencia de lo que SEPULVEDA y CHUMACEDO bautizan como la "tensión constante" entre los Gobiernos y el capital - extranjero (42).

Efectuadas éstas preliminares nociones que -- nos han ayudado a enmarcar el tema de los "riesgos políticos" que la IE puede representar para el país receptor del capital, éste se plantea como un "problema de opciones": debe -- elegir entre la obtención de unos determinados objetivos (de desarrollo económico acelerado que exige IE, por ejemplo) lo -- que puede conllevar un cierto riesgo de dependencia política (43), o la utilización de otros resortes, tal vez menos ade-

reignty, en Harvard Business Review, mayo-abril, 1.967 (págs. 156 y ss.); AREILZA, J.M., Limitaciones políticas y empresas multinacionales; Comunicación a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas; Madrid, octubre, 1.973; YUSTE, J.L., La empresa multinacional y su problemática política; en XXII Semana Est. Derecho Financiero, Madrid, 1.974.

(41) Se trata del llamado "Watkins Report" (por ser M.H. Watkins su relator), cuyo título es: Foreign Ownership and the Structure of Canadian Industry; Report of -- the Task Force on the Structure of Canadian Industry, Privy Council Office; Ottawa, 1.968.

(42) La IE en México, cit.; pág. 44.

(43) Son los llamados por HUNTER "costos de la inversión - extranjera" (Long Term Foreign Investment and underdeveloped countries, en la Rev. Journal of Politic Economic, Vol. 61, 1.953, pág. 24): "No hay duda de que -- los inversionistas extranjeros no siempre han actuado de acuerdo con los mejores intereses de los países en que han hecho sus inversiones (o, tampoco, en su propio interés); de que el carácter del desarrollo y particularmente su dirección no han ocurrido siempre en la forma más deseable, que las tasas de utilidades -- han sido demasiado altas en algunos casos, que el trabajo ha sido explotado monopolísticamente, que las -- compañías han asumido una influencia política indebida, y que las inversiones privadas han llevado a una concentración de la propiedad de los factores de producción. Estos son los costos de aceptar la inversión extranjera, y algunos de ellos son costos necesarios. Los beneficios consisten en la combinación del cambio internacional, de la técnica extranjera, de los extran-

jeros que cargan con los riesgos y de los empresarios extranjeros de un lado, con los recursos naturales y el trabajo del otro, todo lo cual permite la obtención de ferrocarriles, comunicaciones; el desarrollo de -- los recursos de azúcar, de petróleo, de hule, de co-- pra, de hierro, de estaño; el desarrollo de las faci-- lidades portuarias y de almacenaje; el desarrollo de las utilidades públicas, y el desarrollo de las empre-- sas públicas".

- (44) HELIO JAGUARIBE (La dependencia y autonomía, cit.; -- págs. 33-35) escribe, a propósito de ésta cuestión, -- que cabe aludir a tres grupos de países: "1) los que lograron, individual o colectivamente, condiciones -- suficientes para asegurar viabilidad autónoma, como, en primer lugar, Estados Unidos y la URSS, en segui-- da China y, con reservas, Japón, la Comunidad Euro-- pea y los países anglosajones de la Commonwealth bri-- tánica; 2) los que continúan disponiendo de bastan-- tes posibilidades de alcanzar y, eventualmente, de -- expandir, individual o colectivamente, aquellas con-- diciones mínimas que aseguren la viabilidad autónoma, como la India, América Latina, el sistema árabe y, -- eventualmente, Paquistán e Indonesia, y 3) los que -- disponen de muy poca posibilidad de alcanzar un desa-- rrollo autónomo viable, individual o colectivamente, como son la mayor parte de los pequeños países de -- Africa y de Asia". Ante tal situación, los países ac-- tualmente subdesarrollados, que carecen de suficien-- te viabilidad individual o colectiva, se enfrentan a un restringido número de alternativas para encaminar su curso histórico; éstas serían esencialmente las -- siguientes; 1) desarrollo autónomo, fundamentalmente por medio de transacciones, que asegure a largo pla-- zo la viabilidad del sistema; 2) desarrollo autónomo, por vía revolucionaria, en condiciones que protejan el proceso revolucionario de intervenciones extranje-- ras capaces de sofocarlo o de alterar su curso y que aseguren a largo plazo la transformación autónoma -- del sistema; 3) desarrollo, por incorporación iguali-- taria de sistemas individualmente no viables a uno -- de los macrosistemas; 4) desarrollo dependiente ecua-- nime en términos que, aunque no caiga bajo el control del propio sistema en desarrollo, le asegure su desen-- volvimiento continuado; 5) dependencia satelizante o neocolonial, en condiciones de estancamiento o de de-- sarrollo de un sector limitado, pero en términos que garanticen la conservación de los privilegios de la élite dominante; 6) dependencia quisling, con el -- apoyo pretoriano de minorías locales privilegiadas; 7) dependencia coercitiva, por la mera ocupación mi-- litar de la potencia dominante. El primer caso (auto-- nomía transaccional) fué, al comenzar el siglo, el -- de Japón y, sería por ejemplo, el de la India, en la medida en que tuviese éxito su desarrollo nacional, o el de América Latina, en un sistema autónomo de in

porta, sobre todo en el terreno económico, la IE (45) se podría establecer una triple clasificación de los países receptores de la misma en la misma forma que apunta MENDEZ SILVA - (46):

a) Aceptación de la IE sin ninguna restricción.

Esta postura -nos dice el autor citado- es posible afirmar - que actualmente está casi superada (47). Históricamente fué

tegración. Tal sería también el caso de la Europa de los seis (con más o menos miembros) en la medida en que venciese los actuales obstáculos para una mayor integración y autonomía. El segundo caso (autonomía revolucionaria) fué, en las condiciones de la primera mitad del siglo, el de la Unión Soviética, y es - actualmente el de China. El tercer caso (incorporación igualitaria) fué el de Estonia, Letonia y Lituania, en relación con la URSS, y el de Hawai respecto de Estados Unidos. Puerto Rico podrá, eventualmente, convertirse en otro ejemplo de este caso. El cuarto caso (dependencia ecuaníme) es el de Canadá respecto de Estados Unidos, y el de Cuba respecto de la Unión Soviética. Podrán ser vinculados a Estados Unidos el caso de Australia y el de Nueva Zelanda. El quinto caso (dependencia satelizante o neocolonial) es en - el que podrán incluirse América, la mayor parte de - Africa, países como Turquía, Irak, Paquistán e Indonesia (en la órbita norteamericana) y eventualmente (en la órbita soviética) el de Polonia y Hungría. El sexto caso (dependencia quisling) es típico de Vietnam del - Sur, de Corea del Sur y otros países asiáticos bajo el control militar norteamericano, y también el de Alemania oriental respecto a la Unión Soviética. El Séptimo caso (dependencia coercitiva) se aplica a los remanentes del antiguo colonialismo y a regiones limitadas, - como Guantánamo, reducidas a base militar de una superpotencia."

(45) Les Sociétés multinationales et le Développement mondial - Nations Unies - cit.; pág. 52: aportación de capital, progreso técnico, conocimiento de la gestión y otros - servicios necesarios para la producción y la distribución.

(46) RICARDO MENDEZ SILVA, El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en Méjico; Méjico, 1.969; págs. 16 y ss.

(47) MENDEZ SILVA, El régimen jurídico de las IE en Méjico, cit.; pág. 17, señala que "Es posible encontrar todavía argumentos a favor de este primer supuesto, que no dejan de estar vinculados con los grandes intereses o con la línea ideológica que se pronuncia por la libre empresa. Es lógico pensar que entre los partidarios - de esta posición se encuentran los sectores inversionistas de los grandes centros industriales, quienes - no ven más allá de sus propios intereses y encuentran incomprensible el hecho de que se tomen determinadas

to de desarrollo (48). En virtud de ésto, se establecían regímenes jurídicos y fiscales, en extremo generosos, de exagerado fomento, que tuvieron, como todavía lo tienen hoy, efectos nocivos, para un sano e independiente desarrollo, produciendo consecuencias negativas en orden al pretendido fomento del desarrollo del país receptor de la inversión, tales como la localización del capital extranjero en lugares estratégicos para él, sin tomar en cuenta las necesidades sociales nacionales (49), o provocando su descapitalización al enviar al país de origen sumas enormes de intereses y ganancias (50),

medidas en su contra. Es frecuente encontrar que las disposiciones que nosotros estimamos indispensables para estructurar una sana política de desarrollo, son atacadas por sus tratadistas, a veces con exagerada severidad, a veces con un tono paternalista".

(48) BANCO DE BILBAO: Un siglo de la vida del Banco de Bilbao. Primer centenario; Bilbao, 1.957: "las participaciones españolas parecían encogidas y tímidas ante la prepotencia de los invasores económicos, todo lo cual nos llevó a una estrecha dependencia de Londres y de París. Más de una vez la suerte de un Gobierno español, la fecha de un motin, la boga de un personaje, - se decretaron en alguna oficina de la ribera del Sena o del Támesis" (pág. 43).

(49) MENDEZ SILVA, El régimen jurídico de las IE en Méjico, cit.; pág. 17, escribe que "Un ejemplo lo constituye la construcción de vías férreas en Méjico, que atravesaban zonas desérticas, para transportar las materias primas que se extraían, mientras dejaban incomunicado y desarticulado al país".

(50) MENDEZ SILVA, El régimen jurídico de las IE en Méjico, cit., pág. 17, señala que "Las siguientes cifras nos pueden ilustrar en este punto: Durante los años 1.957-1.960, las inversiones extranjeras directas en los países latinoamericanos mostraron las siguientes cifras: 1.957: 1'627 millones de dólares; 1.958: 638 millones de dólares; 1.959: 767 millones de dólares; 1.960: 508 millones de dólares. En el mismo periodo salieron de América Latina, por concepto de intereses y utilidades, las siguientes sumas: 1.957: 1'556 millones de dólares; 1.958: 1'202 millones de dólares; 1.959: - 1.615 millones de dólares; 1.960: 1'131 millones de dólares. Urbina, Eréndira. "Inversiones extranjeras en América Latina", en: Revista Transformación, Méjico, julio de 1.965; citado por Carrillo Castro, - Alejandro: La Regulación de las inversiones extranjeras en Méjico (tesis profesional), Méjico, UNAM, Facultad de Derecho, 1.965, págs. 436-437".

o el desplazamiento de las empresas nacionales por los capitales extranjeros, que con mayor experiencia y el respaldo de considerables sumas de capital y de mecanismos publicitarios han representado una competencia prácticamente invencible.

b) Frente a la postura anterior, una radical posición se pronuncia en contra de la IE sin discriminación alguna. Este criterio puede responder, bien a planteamientos ideológicos (51) o como resultado de "absurdos y furibundos nacionalismos" (52).

c) Una postura ecléctica, como en la mayoría de las ocasiones, resulta más acorde con la realidad. Tenemos la convicción -apostilla MENDEZ (53), y nosotros corroboramos matizando su juicio- de que la IE puede presentar grandes desventajas en una estructura económica -y política, añadimos por nuestra parte- débil, pero también puede aportar grandes beneficios -sobre todo en un país con estructuras políticas evolucionadas-, haciéndose preciso, para coho nestar debidamente riesgos y vent ajas, que en el país recep-

(51) LAVIN cita el caso de la China Popular que se levantó en 1.948 de la nada económica, hasta poder construir su equipo de ferrocarril, automóviles, aviones de retroimpulso y estructurar una producción de hierro y acero incluso mayor que la de Inglaterra - en un término de 10 años. En este lapso no se admitió ninguna inversión extranjera directa y tan sólo se obtuvieron dos créditos soviéticos que ascendieron a 300 millones de dólares uno, y el otro a 540 millones de rublos. ("Revisión del problema de las inversiones extranjeras directas", en: Revista de la Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, año V, núm. 18, México, octubre-diciembre de 1.959, págs. 550 y 551).

(52) Se pueden citar los casos de Uganda (expulsión de los extranjeros de origen asiático; Decreto de 9 de Agosto de 1.972, cuyo texto puede verse en Rev. International Legal Materials, Vol. XI, nº 6, noviembre 1.972; págs. 1388 y ss.), de Japón en sus orígenes (vid. NURSKE, Problemas de la formación del capital, México, 1.960; pág. 84), o de Libia respecto a los italianos.

(53) MENDEZ SILVA, El régimen jurídico de las IE en México, cit.; pág. 18.

por se establezcan las bases legislativas adecuadas para --
que el capital extranjero -obteniendo la retribución justa
a su esfuerzo- coadyuve a su desarrollo económico evitándo-
se, en lo posible, que se cree entre el capital extranjero
y el país receptor lo que, referido de nuevo a las empresas
multinacionales, se ha denominado "rapport amour-hainé" (54).

Para mantener la "buena conducta" del capi-
tal extranjero, domesticando este nuevo "caballo de troya",
~~los~~ Gobiernos de los países receptores han debido arbitrar
una serie de "medios legales" con los que tratan de "conser-
var el orden", conjurando los riesgos políticos que puedan
existir para el ejercicio de su plena soberanía. Se trata -
~~de~~ remedios legales impregnados de una gran dosis de conte-
nido político.

Si analizamos las normas vigentes en diferen-
tes países, se puede establecer una doble clasificación de
las medidas adoptadas: recursos de carácter "unilateral", -
es decir, utilizables por cada país sin el concurso de los
demás, y procedimientos "multilaterales", cuando por medio
~~de~~ una acción conjunta de varios Gobiernos se intenta pa-
liar o excluir el problema. Porque lo estimamos interesante,
haremos unas breves referencias sobre éste punto (55):

2.1.) Recursos de carácter unilateral.

2.2.) Recursos de carácter multilateral.

2.1.) Recursos de carácter unilateral.

Si analizamos los medios que, en según cada
país, pone la legislación nacional en las manos del Gobier

(54) BROOKE y REMMERS, La strategie de l'entreprise mul-
tinationale; Paris, 1.973; pág. 385.

(55) La cuestión ha sido objeto de anterior estudio por
nuestra parte: Comunicación presentada a la III Asam-
blea de la Federación Iberoamericana de Bolsas de Va-
lores (Ciudad de Méjico, noviembre, 1.976): "Los ries-
gos políticos de la IE. Una propuesta para neutrali-
zarlos".

no respectivo, se puedan identificar como más generales los siguientes arbitrios:

1º.- La prohibición a los Gobiernos extranjeros para participar en las inversiones privadas extranjeras. Esta es una norma general en casi todas las legislaciones, - que suele ampliarse incluso a los organismos gubernamentales exteriores y a ciertos organismos de carácter internacional (56), aunque en casos concretos y determinados exista un régimen especial para algunos de éstos (57).

El problema, en éstos casos, se plantea cuando la inversión gubernamental no se efectúa directamente sino a través de una sociedad "privada" en la que el Gobierno o el organismo oficial detente el control. La respuesta vendrá dada, de nuevo, por la "situación" -principalmente económica- del país que haya de acoger la inversión.

2º.- La promulgación de estatutos o leyes especiales reguladoras de las operaciones de inversión de capital exterior. Prácticamente la totalidad de los países en vías de desarrollo han promulgado -como ya expusimos- este tipo de disposiciones, tratando con ello de favorecer la entrada de capitales y, al mismo tiempo, de reglamentar la actividad de los mismos dentro de sus fronteras, al objeto de lograr que se cumplan los objetivos de carácter económico que se le asignan. En todas éstas muestras legislativas se suele contener una "declaración de propósitos -- (58) en la que se reconoce, más o menos abiertamente, la

(56) La normativa española establecía que "los Gobiernos y todas aquellas entidades oficiales de soberanía extranjera necesitarán autorización especial para poder realizar inversiones de capital extranjero en España. El Gobierno podrá conceder dicha autorización cuando exista régimen de reciprocidad diplomática o no suponga la participación extranjera un control efectivo de la empresa o sociedad española" (Disp. adic. - 3ª, antes de su modificación por el R.D. de 20 de noviembre de 1.978.

(57) La Corporación Financiera Internacional puede efectuar inversiones en España, acogiéndose a las normas especiales del Decreto Ley de 25 enero 1.962.

(58) Como ejemplo típico nos remitimos a la Ley portuguesa de 28 de abril de 1.965 (D. Ley nº 46312).

necesidad de proteger los intereses nacionales, imponen
do ciertas medidas con tal finalidad.

No obstante, el incumplimiento por parte de los inversionistas de las normas legales no acarrea sino la iniciación de un enfrentamiento que, muchas veces, por no -- ser transgredida la letra de la ley sino su espíritu, es muy difícil de encarar por el Gobierno afectado.

Si se examina la evolución legislativa de los diferentes países en ésta materia, puede muy fácilmente ad-
vinarse cual era el transfondo político que las inspiró en --
cada momento (59).

3º.- Prohibición al capital extranjero privado para invertir en determinados sectores económicos. De ordina-
rio existen una serie de sectores -principalmente los relacio-
nados con la defensa nacional y la información- en que las es-
peciales características de influjo que pueden ejercitar, im-
pelen a los Gobiernos a estimarlos como reservados para el ca-
pital nacional y aún para el control estatal.

En algunos casos, los sectores "reservados" --
pueden abrirse al capital extranjero en determinadas condicio-
nes, muy específicas, y con porcentajes minoritarios (60).

Si en ocasiones tales limitaciones pueden ser interesantes, no podemos olvidar que también se trata de sec-

(59) Sobre el caso español, puede verse FERNANDEZ FLORES, F. Política de inversiones extranjeras, en Papeles de Eco-
nomía, Barcelona, 1.973, págs. 52 y ss.

(60) La legislación española excluye las actividades direc-
tamente relacionadas con la defensa nacional (art. 28
de la Ley de IE). La derogada ley argentina de 29 de -
noviembre de 1.973, excluía los sectores de defensa y
seguridad nacional, seguros, banca comercial, publici-
dad, radioemisoras, televisión, pesca, etc. (artículo
6º, apartado c). La Ley mejicana, establece la reserva
exclusiva al Estado de los sectores petrolíferos, pe-
troquímico, minería, estratégica, electricidad, ferro-
carriles, etc. (artº 4).

tores en que la dependencia de la tecnología es muy grande, y en los que la interdependencia económica de los países se pone más de manifiesto, haciendo tal política restrictiva altamente vulnerable.

42.- Constitución de empresas mixtas. Como forma de prevenir el control absoluto por parte del capital exterior de las empresas nacionales, en numerosas legislaciones se prevee la entrada de éste en asociación con el capital nacional.

El capital nacional puede ser de carácter público o de tipo privado. De ordinario, el inversionista extranjero preferirá la asociación con el último, porque así puede alcanzar una mayor capacidad de maniobra de sus propios intereses. Pero en todos los casos se suelen fijar unos porcentajes máximos del capital social que podrán ser detentados por el inversionista exterior. Estos porcentajes pueden declararse con carácter general (61) o acomodados a los distintos sectores económicos (62).

No obstante éstas limitaciones, las mismas pueden ser fácilmente burladas tanto por la utilización de personas nacionales interpuestas (testaferros), como por las sociedades nacionales controladas de alguna forma por extranjeros.

Contra éstas posibilidades también han intentado luchar las normas relativas a la inversión extranjera, tanto por medio de la implantación de "registros" de socios o accionistas (63) como estableciendo la consideración de "extranjerías" para las sociedades nacionales total o parcial

(61) En España, con carácter general, se fija en el cincuenta por ciento (art. 33 Ley IE) y en México el 49% y el 34% según supuestos (art. 5º, apartado a).

(62) En México el art. 5º de la Ley establece porcentajes - del cuarenta por ciento para los productos secundarios de la industria petroquímica y la fabricación de componentes de vehículos automóviles (apartados b) y c).

(63) Caso de España (arts. 28 y ss. del Reglamento IE); Decisión 24 del Pacto Andino (art. 5º).

mente controladas por extranjeros (64).

5º.- El rescate gradual de la inversión extranjera. En ocasiones, sobre todo cuando el ingreso del capital extranjero se efectúa "contractualmente" (65), puede establecerse un plazo a lo largo del cual, o al finalizar - el mismo, pueda el capital nacional -público o privado- hacerse cargo de la empresa o de la inversión extranjera.

Parece lógico pensar que el inversionista extranjero, bajo esas condiciones, adopte dos posturas: o incidir abusivamente sobre una obtención rápida de beneficios, sin otra mira cualquiera de ventaja para el desarrollo económico del país, o dejar languidecer la actividad empresarial cuando el término establecido vaya llegando a su fin. En el caso de compañías multinacionales este problema puede agravarse mucho, si tenemos en cuenta la posibilidad de ir desplazando las actividades hacia otros países en los que - no existan trabas similares (66).

Por otra parte, con un sistema semejante no se incentiva precisamente al capital exterior -salvo si éste - va a comportarse como eminentemente especulativo- sino que, por el contrario, se desalienta.

6º.- Sanciones. Ante el incumplimiento de las disposiciones dictadas por el país receptor de la inversión o frente a la intromisión en sus asuntos internos, el Gobierno puede reaccionar aplicando sanciones de todo tipo que pueden abarcar una gama frondosa: desde la simple sanción pecu-

(64) México (art. 2º IV, de su Ley IE); España considera como tales las sociedades controladas en más del 25% por extranjeros (art. 7º Reglamento IE). Naturalmente ésta consideración lo es tan solo a efectos de la reglamentación de la inversión extranjera.

(65) Caso del Estatuto de la IE en Chile (art. 3º). Otras veces el resorte parcial viene impuesto para alcanzar alguna ventaja práctica (Decisión 24 Pacto Andino art. 28, puede verse también el art. 3º redactado al acuerdo con la Decisión 37/71).

(66) Sobre éste particular nos remitimos a CHAPOY, A., Las empresas multinacionales y América latina, en la obra colectiva Corporaciones multinacionales en la América Latina; Buenos Aires, 1.973; págs. 124 y ss.

niaria y hasta la confiscación pueden imaginarse infinidad de puniciones (67).

7º.- Las nacionalizaciones y expropiaciones

(68). La realización de actos jurídicos de tal naturaleza - se fundamenta en la necesidad de que cada Gobierno pueda sentirse soberano de sus propios recursos nacionales acentuándose se tal concepto en la enunciación del "principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales" que ha sido reconocido desde hace tiempo (69), hasta el punto de encontrar

(67) Las N.U. han declarado que, ante la ingerencia política subversiva de las empresas multinacionales dirigida al derrocamiento o a la sustitución del gobierno de un país huésped o al fomento de situaciones internas o internacionales que estimulen las condiciones para tales actividades, recomiendan que, en tal eventualidad, los países huéspedes impongan estrictas sanciones de conformidad con el debido procedimiento legal del país -- huésped interesado. Efectos de las empresas multinacionales en el desarrollo y en las relaciones internacionales; Informe presentado por el Secretario General como consecuencia de la Res. nº 1721 (LIII), de 2 de Julio de 1.972; pág. 51.

(68) RODRIGUEZ SASTRE (Las obligaciones en moneda extranjera, la doctrina de "clean hands"; Madrid, 1.968; - pág. 35) señala las diferencias entre los términos - expropiación, confiscación y nacionalización. El género próximo de todos ellos -escribe- es el hecho de apropiarse el Estado de un bien extranjero; la última diferencia radica en la indemnización que - concurre -o debe concurrir- en el primero de dichos casos, no en el segundo, y que puede o no concurrir en el tercero, ya que una nacionalización puede ampararse en la reconstrucción de la economía total del Estado que adopta esa medida. Para un estudio -- más amplio del tema, desde el punto de vista del Derecho internacional, recomendamos especialmente las obras de NOVOA MONREAL E., Nacionalización y recuperación de recursos naturales ante la ley internacional; Méjico, 1.974 (principalmente caps. II y III) y de LLEONART A.J., Derecho de los Estados a disponer libremente de sus recursos naturales, CSIC, Madrid, 1.976.

(69) La Res. nº 545 (VI) de 5 de Febrero de 1.952 acepta - que "para alcanzar sus fines los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales". La Res. nº 523 (VI) de 12 de Febrero de 1.952, reconocía el "derecho de disponer libremente de sus - riquezas naturales a los países insuficientemente desarrollados". La Res. nº 626 (VII) de 21 de Diciembre de 1.952, conocida como la "Resolución s/ nacionalización". La Res. nº 1314 (XIII) de 12 de Diciembre - de 1.958, crea una comisión especial de nueve miem--

se hoy incorporado a los Pactos de Derechos Humanos.

No obstante, éste tema conlleva otro muy vi--
dioso y que ha dado lugar a controversias de toda índole, -
algunas de ellas muy recientes y espectaculares (70): nos re-
ferimos a las indemnizaciones que debe satisfacer el Gobier-
no que expropia o nacionaliza, y que -aunque haya de ser --
"justa y adecuada" (71)- puede dar lugar a controversias que
impliquen un enfrentamiento del grupo multinacional o del Go-
bierno del país donde radique su sede central con el país re-
ceptor de la inversión, y con ello surgir toda una serie
de contenciosos a los que se ha hecho referencia con an-
terioridad.

Una política de nacionalizaciones repetidas,
puede desalentar, igualmente, el flujo de capitales extranje-
ros hacia el país cuyo Gobierno la práctica.

8º.- Reserva de puestos directivos a naciona-
les. Creemos que se trata de un procedimiento fácilmente vul-
nerable y de nula efectividad que no merece comentario.

2.2.) Recursos de carácter multilateral.

Algunos países se han percatado, acertadamen-
te, de las pocas posibilidades de éxito que pueden tener en

bro para analizar la soberanía permanente sobre los
recursos naturales. La Res. nº 1803 (XVII) de 14 de
Diciembre de 1.962, texto de principios fundameta--
les sobre ésta materia, que se considera como la má-
xima expresión de las garantías para el desarrollo -
de los países subdesarrollados formulada en el seno
de las N.U., y cuyo preámbulo contiene toda una lí-
nea filosófica sobre las IE. Sobre estos textos vid:
Las N.U. y el tercer mundo, cit.; NOVOA, Nacionaliza-
ción y recuperación, cit. (págs. 107 y ss); VARIOS -
AUTORES, Exégesis de la carta de Derechos y Deberes
económicos de los Estados; Méjico, 1.976 (págs. 357
y ss. y Anexo 2).

- (70) Por citar el último (septiembre de 1.976): contencio-
so entre el Gobierno de Ecuador y la Texaco-Gulf.
- (71) O.N.U., Efectos de las empresas multinacionales en -
el desarrollo y las relaciones internacionales. In--
forme presentado por el Secretario General como con-
secuencia de la Resolución 1.721 (LIII) de 2 de julio
de 1.972; pág. 53.

su acción política de enlentamiento de los riesgos de la IE si actúan en solitario. Solo una política de solidaridad con las demás naciones que se encuentran en su mismo caso puede tratar de poner remedio a la situación.

A ésta idea de acción colectiva, del mayor interés, responden las medidas ideadas y que se concretan en - las tres direcciones siguientes: creación de empresas "multi nacionales propias"; promulgación de estatutos "comunitarios" para el tratamiento uniforme de la IE, y la formulación de - "recomendaciones de carácter moral".

12.- Creación de empresas multinacionales "propias". La formación de éste tipo de empresas responde, primordialmente, a la consecución de objetivos más ambiciosos, como puede ser el de la integración o la cooperación regional; en éste sentido tiene mucho que decir la C.E.E. (72) y las uniones económicas que, con mayor o menor acierto -más de lo segundo que de lo primero- la han imitado (73).

Aquí se debe subrayar la labor iniciada por - el Grupo Andino (74). En el Acuerdo de Cartagena se estableció el compromiso de aprobar un régimen uniforme al que deberían sujetarse las empresas multinacionales creadas en la región. Esta convención tuvo su plasmación práctica en la Decisión 46 de la Comisión del Acuerdo (diciembre, 1.971), que - marcaba la culminación de un proceso iniciado tiempo atrás - (75).

(72) Vid. PEREZ ESCOLAR, R., La sociedad anónima europea; cit.; (principalmente cap. IV, págs. 101 y ss.).

(73) E.F.T.A.; O.C.A.M.; C.O.M.E.C.O.N.; M.C.C.A.; A.L.A. L.C.; el GRUPO ANDINO.

(74) Nos remitimos a la nota nº 18 del Capítulo I, pág. 166.

(75) Sobre éste punto nos remitimos a: WHITE, E. Empresas multinacionales latinoamericanas, Méjico, 1.973 y -- FERNANDEZ G. El régimen uniforme de la empresa multinacional en el Grupo Andino, en Revista Derecho de - la integración, Buenos Aires, 1.972, nº 11, págs. 11 y ss.

Los diferentes grados de desarrollo de los -- países implicados en el proyecto, la falta de una tecnología original y de los capitales apropiados, en suma, la ausencia de las precisas condiciones sociales, técnicas y económicas hacen casi inviable, por el momento, éste tipo de soluciones.

A nuestro entender, siendo una idea altamente aprovechable, tropieza inicialmente con un primer obstáculo de consideración: la falta de recursos técnicos y financieros suficientes para que la empresa adopte un tamaño óptimo para competir con ventaja, o al menos en paridad, con las -- tradicionales empresas multinacionales de fuera de la región.

2º.- Promulgación de estatutos de inversión - uniformes. Tan solo la C.E.E., instrumentando poco a poco una política de libre circulación de capitales, y los miembros del Pacto Andino (Decisión 24) han logrado principios de acuerdo en ésta materia.

Pero las circunstancias fácticas han puesto de manifiesto que, pese a la pretendida solidaridad, acontecimientos de la más diversa índole pueden hacer "quebrar" el principio que los inspiraba (76) y de ahí la fragilidad de la medida. Aunque hayamos de reconocer que el camino iniciado es uno de los que, principalmente, pueden conducirnos a las metas de la plenitud soberana que cada país aspira a poseer sin condiciones. Un tratamiento unificado de la IE, evitando discriminaciones y ventajas particulares -- podría ser tenido como un remedio interesante para combatir, al menos en un área geográfica supranacional amplia -- y económicamente representativa, los riesgos a los que hemos hecho constante referencia (77).

(76) El día 5 de octubre de 1.976, los miembros del Pacto Andino, reunidos en Lima han acordado un "régimen especial" para Chile con objeto de preservar la unidad amenazada por las disidencias chilenas en asuntos -- tan fundamentales como el del tratamiento del capital extranjero.

(77) Como señala DAVIS (La I.E. en América latina: tendencias recientes y perspectivas, en Corporaciones multinacionales en América latina, cit. pág. 167, nota 22) debe mencionarse que México a través de su minis

En éste mismo apartado debemos colocar el movimiento que, hacia la unificación, se está produciendo en iberoamérica, respecto a la transferencia de tecnología. Los acuerdos contenidos en la Decisión 24 del Pacto Andino (arts. 18-26) han inspirado las normas argentinas (Ley sobre Registro Nacional de Contratos de Licencias y Transferencias de Tecnología de 13 de Septiembre de 1.971) y las mejicanas (Ley sobre el Registro de transferencia de tecnología y el uso y explotación de patentes y marcas, de 28 de diciembre de 1.972) (78).

32.- Recomendaciones de carácter "moral". El Comité conjunto sobre inversiones privadas extranjeras de la Sociedad de Naciones, mantenía (79) que era muy natural que cada país soberano se preocupara por conservar su integridad nacional y por guardar la dirección de su política libre de cualquier control o interferencia de parte del extranjero, con sujeción, sin embargo, a los compromisos resultantes de los tratados o del derecho internacional. Ningún país sufrirá por mucho tiempo -continuaba- la presencia de intereses extranjeros que tiendan a frustrar o a entorpecer la acción del Gobierno, o que ejerzan una influencia incontrolada y preponderante sobre la economía nacional. De aquí que entre las "normas básicas de conducta" de los inversionistas extranjeros se apuntase la de que deben poner el mayor interés "en acatar tanto la letra como el espíritu de las leyes del país donde efectuen sus negocios, y en no buscar favores ilegales o ventajas indebidas de parte de los funcionarios públicos. Dada su posición especial, deben cuidar que ninguno de sus actos pueda considerarse como una interferencia en los asuntos nacionales. Huelga decir - finaliza- que las empresas o los inversionistas extran

tro plenipotenciario, García Reinoso, expresó ya en 1.961 su deseo y recomendación de que se adoptase un tratamiento común al capital extranjero. Sobre el particular puede consultarse a MARTINEZ, J.P., La política de la ALAC sobre la I.E. en el Seminario sobre Política de I.E. y transferencia de tecnología en América Latina, Santiago de Chile, 1.971.

(78) Sobre este punto nos remitimos a BERCOVITZ, A., La transmisión de tecnología y su problemática jurídica actual, en Seminario sobre adquisición de tecnología, cit., págs. 84 yss.

(79) Conditions of private foreign investment, Ginebra, - 1.946; pág. 17.

se en contratos que reunden en su detrimento, o que no se puedan cumplir" (80).

El 12 de diciembre de 1.974, las N.U. aprueban la "Carta de derechos y deberes económicos de los Estados" en la que se estipulan una serie de principios en orden a reglamentar la actividad de las empresas multinacionales (81), e igualmente en el "Informe sobre los efectos de las multinacionales en el desarrollo y las relaciones internacionales" se propone la adopción de un llamado "código de conducta" que, dirigido tanto a las empresas como a los Gobiernos, señalaría las reglas del juego en que han de moverse, creando, al mismo tiempo, un Centro de información e investigación sobre éste tipo de sociedades, una de cuyas finalidades consistiría en analizar y difundir los efectos de las actividades de las mismas en el desarrollo nacional e internacional. Como señala la doctrina (82) éste "Código" implica, en esencia, una conjunción entre intereses nacionales y foráneos con incidencia específica en el campo político y económico, porque no cabe perder de vista que las inge

(80) Como otros antecedentes pueden citarse el "Proyecto de Código internacional para el trato equitativo de las inversiones extranjeras" aprobado por la C.I.C. (Anebec, 1.949) y el "Proyecto de Convención de la I.E." elaborado por la Sociedad para el Fomento de la protección de las I.E. presentado en la conferencia de Bello Horizonte en junio de 1.958.

(81) SCHWAMM H., "Porquoi un Code de conduite des Nations Unies sur les sociétés Transnationales?", en Rev. Marché Commun, nº 212, Diciembre 1.977; págs. 523 y ss., señala que éste documento representa el punto culminante de la escalada verbal anti-sociedades transnacionales y la reacción opuesta por los países desarrollados ante las acerbos críticas esgrimidas contra ellos. (La Carta se aprueba por 120 votos a favor, 6 en contra (USA, Gran Bretaña, Bélgica, Dinamarca, RF Alemania, Luxemburgo) y 10 abstenciones.

(82) PHILIP A., "L'harmonisation des politiques à l'égard des investissements étrangers dans la CEE", en la obra Harmonisation dans les Communautés; Instituto de Estudios Europeos, Bruselas, 1.968; WINTERS R., "Lettre aux dirigeants de filiales canadiennes de sociétés étrangères"; Ottawa, 31 de Marzo de 1.966 (citada por MANUALI L., La France face à l'implantation étrangère, Paris, 1.967); HOUSSIAUX J., "Les investissements étrangers en Europa"; Paris, 1.967; COLOMES M., "Le droit de l'établissement et des investissements

mente, como una lógica consecuencia de la aguda observación que hace TOYNBEE (83) al comentar la "incongruencia(que -- existe) entre la estructura política anticuada de los Estados nacionales y la real estructura económica mundial".

Estimamos que todos éstos proyectos y declaraciones, encomiables y llenos de buena voluntad, están pre visiblemente destinados al fracaso en el plano práctico. -- Mientras no exista una fuerza coercitiva supranacional capaz de obligar a su cumplimiento, no pasarán de ser bellos proyectos de honesta conducta económica por parte de las -- compañías multinacionales y del capital extranjero en general. Pero el mundo de la economía no se mueve, desde siempre, en éstas coordenadas. La fuerza moral que implican las ideas expuestas no ha tenido una traducción práctica mínimamente aceptable.

En la actualidad, los Gobiernos de los países subdesarrollados se debaten entre la "scilla" de la admisión del capital extranjero y la "caribdis" de los riesgos que para su soberanía comporta. Y de ello son conscientes los exportadores de capital, que juegan con una indudable ventaja.

Hemos expuesto, muy someramente, los diferentes procedimientos que han sido intentados para vencer situaciones como las descritas. Creemos que algunos son interesantes, aunque parciales; otros, perfeccionados, podrían -- serlo aún más; no faltan los inútiles. Ninguno, por sí solo, llega a cubrir el objetivo final. Ello nos ha hecho meditar sobre el tema y alcanzar algunas conclusiones que ya expusi

dans la CEE; Paris, 1.971; págs. 281 y ss., señala que debe hablarse no solo de "la charte des bons - investisseurs" sino también de la "charte des bons pays d'accueil", porque entiende que los derechos y deberes de ambas partes han de ser recíprocos. - Hacia la regulación de las transnacionales, en Revista Monterey Financiero, 15-junio-1.975, año XVII, nº 203; págs. 2 y ss.

(83) TOYNBEE A., Are Businessmen Creating a New Pax Romana?, en Rev. Forbes, 15 de abril del 1.974; pág. - 68.

En primer lugar, admitida la idea de que, en condiciones normales, tan solo la inversión extranjera en su modalidad crediticia no es susceptible de generar riesgos políticos, a ésta forma de IE deberían tender los Gobiernos de los países necesitados de la aportación exterior de recursos financieros.

En segundo término, admitida la idea de la necesidad de dependencia tecnológica, ésta debe tolerarse en condiciones tales que no implique la exclusiva dependencia de un solo país o de un determinado grupo monopolista. Por otro lado, la IE como transferencia de tecnología debe estar condicionada a que ésta sea de naturaleza "determinante" para el desarrollo económico del país que la acepta. Pero, aún en éste caso, tomadas todas las precauciones humanamente deseables, debe huirse de la "exclusividad" y la falta de "sustituibilidad", factores que producen rigidez en las actitudes a adoptar por los Gobiernos para enfrentar -- los riesgos de la inversión exterior.

Por último, creemos que donde se podría alcanzar una nueva óptica es en el campo de la IE directas, las cuales comportan, como hemos expuesto, los mayores -- riesgos políticos.

Para concretar el nuevo enfoque del tema, -- creemos que se debe partir de una premisa fundamental: la neutralización de los riesgos políticos solo podrá conseguirse mediante una acción multilateral por parte de los países en vías de desarrollo, descartándose la posibilidad de una lucha, con éxito previsible, por parte de un solo país, o de cada país aisladamente. La estrategia de los -- grupos económicos supranacionales puede burlar --según hemos expuesto-- los medios tradicionales de actuación por -- parte de los Gobiernos. Ahora bien, la estrategia multilateral ha de concebirse con otra perspectiva de la hasta ahora contemplada.

Otro argumento inicial que no debe olvidarse

es el de la maximación del beneficio como factor primordial de la localización geográfica del capital exterior. Hay -- que reconocer que las IE estrictamente políticas tienen un "techo" muy difícil de sobrepasar por los países exportadores de capital, y desde luego, imposible si se trata de capital estrictamente privado, supuesto al que nos estamos -- refiriendo. Ejemplos prácticos de ello muy numerosos podrían citarse al respecto.

— A nuestro entender, la neutralización de -- los riesgos -- concepto que preferimos a la del "enfrentamiento", por considerar que éste término sugiere la idea de -- que el hecho se ha producido, de que el riesgo se ha exteriorizado -- ha de lograrse mediante acuerdos entre países cuyas características económicas naturales sean similares, prescindiendo de su localización geográfica. Tal sería el caso de los países productores de una misma clase de materias -- primas. Si los recursos económicos aludidos no son reemplazables, las condiciones para la neutralización de los riesgos serían óptimas.

— En éstos acuerdos se preveería un régimen común. idéntico a ser posible, para el tratamiento del capital exterior tan solo en lo referente a los sectores económicos "comunitarios", dejando en libertad a los respectivos Gobiernos para que regulasen en la forma que tuviesen por conveniente, la IE en otros sectores diferentes.

De aquí se deduciría que la IE se localizaría fundamentalmente en los países que ofreciesen una posibilidad mayor de maximación del beneficio. En éste caso, -- las condiciones de situación geográfica, rutas comerciales, desarrollo de mercados, etc., serían ponderadas en sus justos términos por el inversionista extranjero. De ésta forma, a su vez, el país que acogiera la IE se encontraría en unas condiciones excelentes para mantener un adecuado control sobre la misma, obligándole a comportarse correctamente, pues al inversionista no le cabe otra posibilidad, porque sus alternativas de cambio prácticamente no existirían.

— Se podría arguir que los países implicados -- en los acuerdos se verían en una situación desigual en or--

den a su desarrollo económico. Las naciones menos favorecidas por sus propias condiciones de cara a la maximación del beneficio deberían aguardar por más tiempo en su estado actual de desarrollo, mientras las demás, favorecidas por el estatuto común y las condiciones intrínsecas de su situación geopolítica, progresarían más rápidamente. Ello podría ser la espoleta que hiciese saltar el acuerdo concluido.

Nos encontramos, de nuevo, ante el dilema inversión exterior-soberanía nacional. La experiencia demuestra cuán difícil es de lograr un equilibrio en éste punto. Por ello, los Gobiernos afectados deberán, ineludiblemente, optar por alguna de éstas dos posturas: admitir indiscriminadamente la IE asumiendo riesgos políticos incalculables, o admitirla bajo fórmulas comunitarias, multilaterales, -- que impliquen, no solo formalmente sino prácticamente, la erradicación de tal riesgo.

Tal vez una fórmula interesante, entre las imaginables para obviar tales inconvenientes, podría ser la de prever en los mismos acuerdos procedimientos de compensación o ayuda temporal entre los países implicados, especificando claramente en qué circunstancias o situaciones, y con que modalidades, comenzarían a funcionar tales mecanismos.

Por otra parte, la evolución económica del mundo actual impele a los países más desarrollados a intentar su "aventura" allí donde crean que pueden encontrar lo que buscan. Ello implicará que, finalmente, en todos los -- países signatarios del acuerdo, puedan darse, prácticamente, las mismas posibilidades de afluencia para el capital extranjero, habiendo disminuido, sino desaparecido, cualquier riesgo de tipo político que implique su llegada. El caso del petróleo es por demás elocuente y nos releva de cualquier -- otra matización ulterior.

La idea de crear comunidades económicas, basadas en la proximidad geográfica de sus posibles miembros, es antigua. Europa ha dado los primeros pasos prácticos en éste sentido, aunque debamos admitir que en el terreno de la integración financiera se camina muy lentamente. Pero ésta idea, encomiable políticamente, puede no serlo desde el

punto de vista de la economía si nos referimos a los países llamados del "tercer mundo" -los más necesitados de la aportación de IE-, porque sus disparidades de todo tipo constituyen una barrera, a veces infranqueable, para lograr la deseada solidaridad en éste terreno.

El tratamiento de la IE ha de encararse a través de la formación de auténticas "comunidades económicas", prescindiendo de la situación geográfica de los distintos países que las integren. Debe pensarse más en la "analogía" que en la "complementariedad" de las estructuras económicas de las comunidades políticas que se agrupan. Si por la localización geográfica existe proximidad la situación se presenta, además, como óptima, porque se producen todas las condiciones para que se obtengan resultados inmejorables a efectos de las metas perseguidas: igualdad de oportunidades para el capital exterior, igualdad de posiciones para los países signatarios del acuerdo, neutralización de riesgos para su soberanía nacional.

Como complemento final a la idea esbozada solo nos resta añadir que, por un lado, el tratamiento multilateral propuesto se constreñiría a unos determinados sectores económicos -los que sean más representativos en la economía de cada uno de los países afectados-, lo que equivale a admitir que un país pueda estar integrado en una o varias comunidades de tratamiento de las IE, según los sectores que creye se conveniente "armonizar" con las demás naciones interesadas en la conclusión de éstos acuerdos. Por otra parte, cada Gobierno quedaría en libertad para reglamentar las IE en sectores considerados como no estratégicos para su economía, -- con lo cual el riesgo político de la IE en los mismos disminuye considerablemente. El control de las IE ha de ser diferente según el sector en que se desenvuelvan, porque los riesgos políticos aparecen con mayor o menor intensidad precisamente por ésta circunstancia. El estatuto uniforme para toda clase de modalidades de IE y de sectores económicos es un factor de distorsión, de primera magnitud, para la política de neutralización de riesgos políticos.

El tema, como se habrá podido comprender, es arduo y complicado. Tal vez pudiera concretarse toda la "fi-

losa que encierra la cuestión en estas frases escritas -- por ESCOVAR SALOM, Ministro de Asuntos Exteriores de Venezuela: "El multinacionalismo y el nacionalismo no son sino caras de un mismo problema y los intereses son múltiples y diversos. Es un manejo ágil y hábil de pluralismo el que aquí se requiere. Solo un balance pluralista ha de proporcionar--nos una salida y un equilibrio. Los latinoamericanos tenemos que aprender a manejar tanto nuestro nacionalismo como nuestro multinacionalismo. La estrategia ha de consistir en que ni el uno ni el otro nos sean manejados desde fuera" (84).

Se equivoca, a nuestro entender, la Cámara Internacional de Comercio (85) cuando afirma que "ha pasado ya el tiempo en que los países insuficientemente desarrollados eran una presa fácil para los inversionistas de fondos extranjeros, agresivos y poco escrupulosos. Desde entonces han cambiado mucho las cosas. Puede, incluso, decirse, que la situación se ha vuelto del revés a causa, por una parte, de la -- emancipación política de la mayoría de éstos países y de las tendencias nacionalistas de su política económica y, por otra parte, del favor que disfrutaban un poco por todo las doctrinas hostiles al régimen de empresa libre y, en particular, al inversionista de fondos privados. Los países importadores de capital poseen hoy todo el poder necesario para salvaguardar -- sus intereses y nada puede impedirles ejercer éste poder como les parezca bien".

La experiencia cotidiana desmiente frecuentemente la certeza del aserto transcrito. Hay que reconocer, -- desde luego, que los países receptores de IE van tomando conciencia de sus posibilidades frente al fenómeno, pero no debemos olvidar que la inmensa mayoría de ellos no cuentan en general con armas suficientes --ni políticas, ni técnicas, ni -- económicas-- para aceptar un enfrentamiento frontal en éste terreno.

(84) América Latina: el juego sin fronteras; Méjico, -- 1.973; págs. 116 y 122.

(85) Financement du développement économique; julio, 1.950; pág. 10.

3. Efectos políticos que puede producir la IE en los países exportadores de capital.

Si el móvil principal de la exportación de capitales parece ser, sin duda, el económico (86), no por ello han de olvidarse otros "componentes" que influyen en la decisión del capital de "saltar las fronteras" del propio país. - Entre ellos, y en forma no desdeñable, un componente político.

Refiriéndose a USA - país ejemplo por autonomía en la época actual entre los exportadores de capital- pone de relieve GONZALEZ CASANOVA (87) que "el estudio del concepto político de las IE requiere ser enmarcado dentro de la evolución ideológica que ha seguido éste país durante la post-guerra, y que resumidamente se concreta en tres fases bien caracterizadas:

1ª) Recuperación -1.945 a 1.947, medidas para "ayuda" económica al extranjero, principalmente a los países devastados por la guerra-; 2ª) Desarrollo -1.947 a 1.950, -- "plan de recuperación europea", y 3ª) Seguridad o Defensa. - En éste último periodo la concepción de la IE ha hecho fundamentalmente hincapié en la política llamada de "seguridad y defensa" que se concreta (88) en la evolución del sentido de la "ayuda económica" desde una perspectiva finalista de "recuperación" a la necesidad de "fortalecer las defensas comunes" estableciendo que "los actuales planes para ayudar a aumen--

(86) Ha dicho WILLIAM SPENCER, Presidente del First National City Bank (cit. por Rev. Ercilla, Santiago de Chile, nº 1953, diciembre de 1.972) que "las -- fronteras políticas de las naciones-estados son de masiado estrechas para definir el alcance y amplitud de los negocios modernos".

(87) GONZALEZ CASANOVA, P., La ideología norteamericana, cit., pág. 126.

(88) GONZALEZ CASANOVA, P., La ideología norteamericana, cit., como reconoce el Economic Report de enero de 1.951 (págs. 127-128).

se basan en el reconocimiento de que ese aumento puede contribuir a nuestra seguridad nacional, tanto directa como indirectamente, a mejorar el poder económico de éstos países y a reducir su vulnerabilidad a la subversión" (89).

"La internacionalización en los negocios es para algunos prestigiosos diarios norteamericanos -como el New York Times (90)- el gran desafío a Karl Marx de las empresas multinacionales. Al internacionalismo proletario se le opondría el internacionalismo de las grandes compañías, que con su operar sentarían las bases de la paz de un nuevo orden mundial" (91).

Al meditar sobre los ejemplos que suministra la historia, se pueden individualizar dos categorías de "riesgos políticos" que engendra para el país exportador del capital la salida del que se ha generado en el seno de su propio sistema económico. En primer lugar, los "riesgos políticos" cuyas causas se producen y sus efectos se sienten especialmente en el interior de la misma comunidad "exportadora"; en segundo término, los "riesgos políticos" que, originados en las naciones receptoras de la inversión reflejan sus consecuencias en los países propietarios del capital.

(89) Cita TURNER (Las Sociedades multinacionales, cit.; pág. 51 y ss.) como ejemplos claros de presión política ejercida a través de los canales industriales, la aplicación de la ley americana de "comercio con el enemigo" en el caso de la política independentista asumida por De Gaulle en Francia (vgr.: donación de aviones Caravelle a China comunista, ó asunto de los remolques Fruechauf que deberían acompañar a los tractores Berliet exportados al mismo país asiático, al que ya se ha hecho cumplida referencia) o el de las empresas suecas, amenazadas por la política anti-USA que, en la guerra del Vietnam, adoptó su Gobierno socialista.

(90) Artículo publicado el 26 de Octubre de 1.972 (cit. por BILDER, Prólogo a Corporaciones multinacionales en América Latina, cit.; pág. 11).

(91) Sobre éste punto nos remitimos por su claridad expositiva a tres obras interesantes: BARRAT BROWN M., La teoría económica del imperialismo; Madrid, 1.975; CAPUTO O. y PIZARRO R., Imperialismo, dependencia y relaciones económicas internacionales; Buenos Aires, 1.970; SPIRIDONOVA N.S. y CHERKASOVA L.A., Rasgos económicos del imperialismo; Barcelona, 1.974.

Los primeros se observan cuando las oligarquías financieras influyen a las élites gobernantes, obligándoles en ocasiones a "desvirtuar" unas líneas de actuación coherentes para el "bien general" de la comunidad (92). Solo un sistema político cuyos resortes de control funcionen muy perfectamente puede conjurar o aminorar tales peligros. Además, está constatado que existe un creciente estado de opinión -principalmente costenido en los medios sindicales- que critica la IE al considerar que con ella "se exportan empleos" y se infravalora la mano de obra nacional. Aunque ello no pueda ser del todo cierto (93), no cabe desconocer que, en graves momentos de tensión social, puede ser un argumento psicológico de primera magnitud que, convenientemente manipulado, no deja de entrañar indudables riesgos políticos.

Más importancia presentan, desde luego, los riesgos "importados" de los países receptores de la inversión. Estos riesgos provenientes de enfrentamientos indirectos -es decir, inversionista extranjero/Gobierno o instituciones del país de origen/Gobierno del país receptor del capital- suelen constituir la principal fuente de preocupaciones para los países que los sufren, sobre todo si se parte del hecho innegable de la minoración de posibilidades de defensa ante instancias de igual rango. Las controversias surgidas entre Gobiernos imponen otras reglas de juego diferentes a las que regulan las relaciones de cada Gobierno con sus empresas nacionales (aunque se trate de filiales de otras extranjeras o pertenezcan a capital exterior independiente) (94).

El enfrentamiento indirecto se produce en al

(92) Nos remitimos a SPIRIDONOVA y CHERKASOVA, Rasgos económicos del imperialismo, cit.; págs. 126 y ss.

(93) Vid. CHAPOY A., "Empresas multinacionales y América Latina", cit.; págs. 126 y 127.

(94) El caso de la Barcelona Traction confirma nuestras palabras.

gunos casos cuando el inversionista presiona a su propio Gobierno para que éste influya en las decisiones que pueda -- adoptar el del país receptor. Las empresas multinacionales en los países de origen -ha informado la ONU- pueden hacer lo posible por influir en la política exterior e interior -- recurriendo a su gran poder financiero y a sus relaciones -- frecuentemente estrechas con los altos funcionarios del Gobierno. Pueden ejercer presión en favor o en contra de los Gobiernos de los países receptores, según reciban o no un -- trato especialmente favorable. En otras ocasiones, el en-- frentamiento intergubernamental se genera ante hechos que -- afectan directamente a la inversión, pero que proceden de -- un acto concreto del Gobierno local contra una empresa. En éste sentido, apunta igualmente la ONU, la causa más frecuen-- te de tirantez bilateral aguda entre los países de origen y los receptores es una situación en la que éstos últimos na-- cionalizan la inversión extranjera y ésta pide protección y ayuda al país de origen, fundamentalmente en cuanto afecta -- al importe de la indemnización a satisfacer por tal conducta (95).

Los casos recientes de Guatemala, República -

(95) O.N.U., Efectos de las empresas multinacionales, cit.; págs.

Las Naciones Unidas se han ocupado desde antiguo del tema de las "multinacionales". Recordemos como en -- 1.948 la Organización tuvo un papel destacado en la preparación de la llamada Carta de la Habana para el comercio internacional, cuyos arts. 12 y 46 a 54 tra-- taban de la I.E. y las prácticas restrictivas en los negocios internacionales. El 20 de Julio de 1.972, -- el Consejo Económico y Social de las N.U. (E.C.O.S. O.C.) decidió unánimemente formar un grupo de exper-- tos para examinar el rol de las multinacionales en -- el desarrollo económico de los pueblos. Entre las -- personalidades nominadas figuraron nombres tan cono-- cidos como MANSHOLT, URI, MATTHOEFER, SUNKEL, PENROSE, etc. El resultado de su trabajo quedó plasmado en el Informe sobre "Efectos de la Empresa multinacional -- en el desarrollo y en las relaciones internacionales" (E./5500/Rev. 1). Un resultado práctico de tal traba-- jo fué la constitución de una "Comisión de Empresas Transnacionales", como órgano especializado en este campo. Se han celebrado ya sus dos primeras reunio-- nes: en New York (marzo, 1.975) y Lima (marzo, 1.976). En ésta última reunión, unos de los puntos que fue-- ron objeto de exámen se refería a "estudios sobre -- las repercusiones de tipo político, económico y so-- cial de las operaciones y prácticas" de éste tipo de empresas.

Dominicana, El Salvador y otros países (96), tan ejemplos extremos de hasta donde los riesgos políticos pueden comprometer a los Gobiernos y países implicados en cuestiones de IE.

Los Gobiernos son conscientes del peligro que afrontan y de ahí que hayan establecido un difuso entramado de normas, acuerdos y convenciones que posibiliten la solución de éstos contenciosos. Ello nos conecta directamente con otro tema de gran interés en la materia que examinamos, y que ha influido enormemente en el régimen jurídico de la IE y en la caracterización de las normas del Derecho económico internacional. Nos referimos a la "protección del inversionista extranjero" cuya importancia es sobradamente re

-
- (96) A principios de siglo, la intervención norteamericana en el área geográfica del Caribe fué considerable. Como apunta GALLI FORES, "en torno al Caribe, las Antillas y el Golfo de Méjico, la estabilidad política era ya algo más precaria. Los Estados Unidos fueron extendiendo su control al amparo de la doctrina de Monroe con una política que se ha dado en llamar imperialista y que tomó siempre como pretexto la defensa de aquella zona contra la ingerencia económica de las potencias europeas. Tal sucedió con Venezuela, que ante la imposibilidad de pagar sus deudas, vió sus puertos bloqueados por buques de guerra alemanes, ingleses e italianos, que el día 13 de diciembre de 1.902 bombardearon Puerto Cabello, y el Fuerte de San Carlos el 21 de enero de 1.903. Los norteamericanos ejercieron su mediación, y en 1.908 Juan Vicente Gómez derrocó al presidente Castro, con lo que inició un largo período de gobierno personal en el país, que duró hasta el año 1.935. Las deudas exteriores de la República Dominicana motivaron también la intervención de los Estados Unidos, que convirtieron al país en una especie de protectorado, y en 1.905 se reservaron la administración de la renta de aduanas. En 1.915 exigieron una mayor intervención y desembarcaron tropas que ocuparon la república desde 1.916 hasta 1.924. Otro tanto sucedió con Haití, desde 1.915 hasta 1.934. Nicaragua, que sostuvo una guerra con Honduras en 1.907, vió también la presencia de tropas norteamericanas en su territorio durante la revolución contra José Santos Zelaya en 1.909, y en 1.912 a petición del propio presidente Adolfo Díaz.

Toda esta política, que originó un profundo resentimiento contra la amenaza yanqui en muchos países americanos, venía en parte determinada por la defensa del Canal de Panamá y por el temor de que los acreedores europeos de las económicamente débiles repúblicas centroamericanas pudieran establecer bases navales próximas a la zona del Canal." (Historia del Turbulento siglo XX; Barcelona, 1.974; tomo I, pág. 21.) Puede verse también la obra de MC. CANN T., Una empresa norteamericana: la tragedia de la United Fruit, - Barcelona, 1.978.

Si tenemos en cuenta lo expuesto con anterioridad, y al solo efecto de señalar someramente en que consiste el sistema de "protección" de las IE, tema sobre el que - hemos de volver posteriormente, cabría establecer, en principio, dos modalidades de salvaguardia: a) la que podríamos -- llamar "proteccionismo militar", y que como su nombre indica es aquella que se prevale de la existencia de un elemento disuasorio tan efectivo como pueda ser el dispositivo militar de cada país (98), y b) el "proteccionismo pacífico" -sobre todo de las IE privadas- cuya técnica está constituida por - el conjunto de las disposiciones legales dictadas en cada -- país, los tratados y convenciones concluidos entre ellas de forma bilateral o multilateral, la existencia de organismos internacionales de arbitraje y regulación de las diferencias que puedan surgir, la protección diplomática normal, etc.

(97) La bibliografía sobre la cuestión es importante. Podemos citar como principales aportaciones las de KRONFOL Z.A., Protection of foreign investment; Nueva York, -- 1.972; KOJANEC G., Investimenti all'estero, Regime giuridico e garanzia internazionale, Padua, 1.970; HOCHPIED J.P., La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires, París, 1.965; DURAND-REVILLE L., Les investissements privés au service du Tiers-Monde, París, -- 1.970 (principalmente págs. 266 y 22.); LILLICH R.B., The protection of foreign investment: six procedural studies, Nueva York, 1.965; NWOUGUGU E.I., The legal problems of foreign investment in developing countries, Manchester, 1.965; MUMMERY D.R., The protection of international investment, Nueva York, 1.968. En castellano es prácticamente nula la bibliografía sobre el tema. Cabría citar: RODRIGUEZ SASTRE, Las empresas multinacionales, cit.; págs. 512 y ss. y Organizaciones internacionales de cooperación económica y protección de las IE: situación de los países importadores de capital; -- Conferencia, 1.958; separata s/f.; págs. 5-11; PUIG E., "Clima de confianza y cooperación internacional en los movimientos internacionales de capital" en Rev. Información Comercial Española, Madrid, mayo 1.963, págs. 37 y ss.; TRIGO CHACON M., la empresa multinacional, Madrid, 1.973, págs. 257 y ss.

(98) La "doctrina Drago" (nota del Ministro argentino de I. E. al Secretario de Estado USA DE 29 de Diciembre de - 1.902) atemperada en la Convención Drago-Porter, obstaculizan el empleo de la fuerza militar para el cobro - de deudas públicas. Las N.U. la prohíben expresamente en el ejercicio de la protección diplomática (Artº. 2º, nº 4 de la Carta. Vid. DIEZ DE VELASCO M., Instituciones de Derecho Internacional público; Madrid, 1.976; 3ª ed. Tomo I; pág. 340).

Aún cuando en un momento determinado sea la primera de las modalidades enunciadas la más efectiva (99), la realidad es que en un mundo donde el equilibrio de fuerzas entre los bloques existentes es cada vez mayor, tan solo la "protección pacífica" merece ser estudiada como la forma normal y deseable, ya que la "militar" constituye casi siempre un auténtico acto de agresión, aunque se trate de presentar la justificada como una necesidad de autodefensa.

En la necesidad de proteger los intereses económicos representados por la IE (aspecto económico), que pue-

- (99) TRIGO CHACON, M., La Empresa multinacional, Madrid, -- 1.973; págs. 257-9; nos descubre una forma de proteccionismo militar, en el caso de las IE norteamericanas, aplicando lo que denomina la "Form-959". Una visión de la OTAN, en este sentido, puede verse en SPIRIDONOVA y CHERCASOVA, Rasgos económicos, cit.; pág. 78 y ss. Es interesante aludir a la tesis soviética de la soberanía limitada que se fundamenta en el art. 5 del Pacto de Varsovia (14 de mayo de 1.955), a tenor del cual "formarán, así mismo, cualquier otra acción concertada que se requiera para reforzar su capacidad defensiva, a fin de proteger el trabajo pacífico de sus pueblos ... y asegurar la defensa contra cualquier agresión eventual". Se utilizó en 1.956 en el caso de Hungría y en 1.968 en la invasión de Checoslovaquia. El 3 de julio de 1.968, dijo Brejnev que ellos "no quedarían jamás indiferentes respecto al destino de la edificación socialista en las otras naciones y respecto a la causa común del socialismo y del comunismo". En el acuerdo de Bratislava (3 de agosto de 1.968) se estableció que "el mantenimiento, la consolidación y la defensa de las conquistas obtenidas al precio de esfuerzos heroicos y del trabajo lleno de abnegación de cada pueblo, es el deber internacional común de todos los países socialistas". En octubre de 1.969, una declaración conjunta soviético-checoslovaca dice que la intervención armada de agosto de 1.968 fué "un acto de solidaridad internacionalista que ha permitido cortar la ira a las fuerzas contra-revolucionarias y anti-socialistas". Quedan así delimitadas las notas esenciales de la doctrina: el mantenimiento del socialismo comunista por encima de la soberanía -que es, por tanto, limitada- de los Estados socialistas; siendo su instrumento al Pacto de Varsovia. Las críticas a la misma provienen tanto de los países occidentales (se trata -dicen- de una intervención descarada en los asuntos internos de los Estados) como del propio campo socialista (Europa oriental y China: conlleva un descarado control de los mismos países socialistas).

den traducirse en riesgos políticos evidentes (aspecto político) y que ponen en movimiento toda una serie de resortes legales (aspecto jurídico) se nos muestra claramente la íntima conexión que existe entre las tres citadas perspectivas del fenómeno que analizamos. Y cada rasgo condiciona e influye a los demás, y viceversa. Las normas que tradicionalmente serían Derecho Internacional y Derecho interno se amalgaman aquí hasta un punto difícilmente comparable en otras situaciones jurídicas.

Ello se pone en evidencia tan solo con repasar los distintos expedientes que el inversionista extranjero tiene a su alcance para intentar proteger el objeto de su inversión. Son numerosos los dispositivos legales ideados y, por ello, vamos a exponerlos "telegráficamente" de una forma sistematizada que estimamos proporcionará una clara visión del tema. Distinguimos:

A) Protección de carácter general, es decir, acogiéndose a -- "mecanismos jurídicos" no pensados, inicialmente, para el supuesto específico de la IE. Se debe distinguir en éste -- caso:

a) Protección conferida por el "derecho interno" del país receptor de la inversión, es decir, cuando el extranjero lesionado procura una satisfacción a sus demandas -- acudiendo a los remedios que a su disposición coloca el orden jurídico interno del mismo Estado que dá lugar a la reclamación.

b) Protección basada en el "derecho internacional público" y que se concreta en la "protección diplomática" (100) entendida como la acción de un Gobierno para reclamar respecto a sus nacionales los daños sufridos por éstos en el ámbito de la soberanía del otro Gobierno extranjero.

La protección diplomática --que constituye un derecho del Estado exclusivamente-- requiere el cumpli-

(100) DIEZ DE VELASCO M., Instituciones, cit.; págs. 337 y ss.

miento de tres condiciones (101), prácticamente indis-
cutidas -aunque valoradas de forma diversa-: 1ª) la na-
cionalidad del reclamante (sólo puede otrogarse por un
Estados a sus "nacionales", entendido el término en un
sentido más o menos amplio) (102); 2ª) el agotamiento
previo de los recursos internos del país donde se pro-
duce el perjuicio (103), y 3ª) la parte reclamante ha
debido comportarse correctamente (aplicación de la doc-
trina de "clean hands" o "manos limpias", que implica -
la exigencia de que el demandante ha observado una con-
ducta que no haya sido contraria ni al derecho interno
ni al internacional) (104).

Los procedimientos de ejercicio -como indica -
DIEZ DE VELASCO (105)- pueden ser muy variados. Lo nor-
mal es que se recurra a las gestiones diplomáticas, --
bien officiosas u oficiales; y dentro de éstas últimas,
la principal es la presentación de una reclamación for-
mal. Si ésta no tiene una respuesta satisfactoria por
medio de un arreglo directo, se puede recurrir a los -
diferentes medios de arreglo de controversias, inclui-
do, naturalmente, el judicial si las partes así lo con-
vinieren o hubieren aceptado la competencia de algún -
Organo judicial.

B) Protección de carácter específico, lo que implica el re--
curso a una serie de expedientes legales cuya existencia
está justificada, esencialmente, por el fenómeno mismo de
la IE. Este tipo de protección asume las más formas más -
variadas que tratamos de resumir como sigue:

(101) ROUSSEAU CH., Derecho Internacional Público, Barce-
lona, 1.957; págs. 358 y ss.

(102) HOCHEPIED, La protection, cit.; págs. 23 y ss.

(103) KOJANEC, Investimenti all'estero, cit.; págs. 114 y
ss.

(104) Sobre éste punto, RODRIGUEZ SASTRE A., Las obliga-
ciones en moneda extranjera, cit.; págs. 271 y ss.;
GARCIA ARIAS L., "La doctrine de clean hands en --
droit international public" en Estudios jurídicos-
sociales en homenaje a Luis Legaz y Lacambra, San-
tiago de Compostela, 1.960; págs. 1.156 y ss.

(105) DIEZ DE VELASCO M., Instituciones, cit.; pág. 340.

a) Protección unilateral. es decir, otorgada por un sólo país al inversionista extranjero. Pueden reconocerse - dos modalidades claramente identificables:

1*) La protección otorgada por el propio país de donde sale el capital (país exportador). Países tradicionalmente exportadores de capital, adoptan ciertas medidas incentivadoras de la inversión en el exterior incluyendo entre ellas (106) los "programas de garantía" que consisten en una especie de seguro contra -- riesgos políticos (guerra, insurrección, etc.) y no comerciales (vgr.: inconvertibilidad de la moneda, expropiación, etc.), que puedan sufrir sus nacionales, con motivo de sus inversiones exteriores (107).

Quizás un poco forzosamente cabría incluir en éste apartado dos formas de protección representadas - por las "cláusulas de indemnización" contenidas en los tratados de paz (108) y las medidas "indirectas de presión", como en el caso de la "Enmienda Hickenlooper" a la ley de ayuda al exterior norteamericana de 1.964 -

(106) HENDERSON cita como tales la asistencia previa a la inversión, los incentivos de índole fiscal, la asistencia financiera, medidas especiales de control de cambios y los organismos de fomento de las inversiones (La legislación sobre IE y la agricultura; Roma, 1.970, pág. 225).

(107) Este sistema que ha sido adoptado por USA (1.948), Japón (1.956), Alemania Occidental (1.959), Noruega (1.964), Australia (1.966) y Dinamarca (1.966), contempla diferentes clases de riesgos y se formaliza mediante contrato entre el inversionista -que paga la prima correspondiente- y la agencia administradora del seguro. Este sistema actúa, o bien cuando se han establecido tratados bilaterales entre los países a que afecta (caso USA), sin necesidad de tal requisito (Australia, Japón, Noruega) o con un sistema mixto (Alemania y Dinamarca). Para mayor información nos remitimos a KRONFOL, Protection, cit., - págs. 36 y ss.; HENDERSON, La legislación sobre IE, cit.; págs. 229-231.

(108) Sobre el particular: HOCHEPIED, La protection, cit.; págs. 223 y ss.

2*) Protección otorgada por el país importador del capital. Hay que reconocer que ésta forma de garantía constituye en la actualidad la modalidad más extendida porque probablemente es la más efectiva de todas las ideadas. Se fundan de ordinario, en la existencia de una normativa especial que ampara los derechos del inversionista extranjero (garantía legal) (110) o en la formalización de un específico contrato de inversión entre el Gobierno del país receptor y el aportante extranjero del capital (protección contractual).

Junto a estas cláusulas legislativas o contractuales de protección, pueden citarse los "acuerdos de concesión", signados entre el Estado y una persona extranjera por virtud de los cuales se conceden a ésta -- ciertos derechos que de ordinario son ejercidos por -- aquel (vgr.: servicios públicos o explotación de recursos naturales) (111), y los "contratos especiales de --

(109) Se promulgó como una consecuencia de fallo de la Corte Suprema USA en el caso Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, por la que se prevé las supresiones de ayuda a países que nacionalicen, expropian o embarquen propiedades norteamericanas en determinadas condiciones que impliquen desconocimiento de los principios que rigen en Derecho Internacional (MANGONE G.J., The elements of international Law; Homewood, 1.967; pág. 400).

—(110) Algunas de éstas disposiciones tienen títulos expresivos al respecto: IRAN (ley de 29 de noviembre de 1.955 sobre Fomento y Protección de las inversiones de capitales extranjeros); KENIA (ley nº 35 de 1.964 relativa a la Protección de las IE); TANZANIA (ley de 20 de septiembre de 1.963 sobre Protección de algunas IE aprobadas); TURQUIA (ley de 18 de enero de 1.954 sobre Protección de las IE).

(111) Unos ejemplos clásicos: la concesión otorgada por el Gobierno del Irán, en 1.954, al National Oil Consortium (compuesto por ocho compañías extranjeras) y la otorgada por el Gobierno indio a la Standard Vacuum Oil Company en 1.952). KRONFOL (Proteccion, cit., págs. 43 y 44) señala como el desarrollo más reciente de éste tipo de acuerdos en la industria petrolífera está constituido por la formalización de los "contratos de servicio" (service contracts), señalando como ejemplos los suscritos entre el Gobierno iraní y el ERAP en 1.967 y la declaración del Gobierno venezolano

garantía" suscritos para establecer, en ausencia de normas más concretas, las seguridades que se pueden ofrecer al capital extranjero en cada caso concreto.

En este apartado no podemos dejar de hacer una especial alusión a la llamada "cláusula CALVO" (112), a tenor de la cual se equipara a nacionales y extranjeros, toda vez que se prohíbe al inversionista foráneo reclamar la protección diplomática de su propio país. Esta "cláusula Calvo", que ha sido objeto de múltiples controversias (113), está expresamente contemplada en algunos textos legales (114), y de forma taxativa y clara en el art. 51 de la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena a te--

no, el 22 de octubre de 1.969, de su deseo de que una vez expiradas las concesiones efectuadas, hecho que sucederá en 1.983- se adopten éstas nuevas fórmulas contractuales.

(112) La "cláusula o doctrina CALVO" toma su nombre de un ministro de Asuntos Exteriores argentino, por la opinión mantenida respecto a un caso de responsabilidad del gobierno por los daños y perjuicios que se causen a los bienes extranjeros (BOLOGNA B., "Empresas multinacionales: doctrina Calvo" en Rev. Comercio Exterior; Méjico, febrero 1.976; Vol. XXVI, nº 2; pág. 208).

(113) Un cuidadoso resumen sobre el valor de la Cláusula Calvo ante el Derecho internacional puede verse: - SORTAIS J.P., "Investissement étranger et souveraineté internationale économique" en la obra colectiva La souveraineté au XX siècle; París, 1.971; págs. 194 y ss.

(114) Una aplicación práctica de la cláusula está recogida en el art. 3º de la ley mejicana de IE en 16 de febrero de 1.973, al establecer que "Los extranjeros que adquieran bienes de cualquier naturaleza en la República Mejicana, aceptan por éste mismo hecho, considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y no invocar la protección de su Gobierno por lo que se refiere a aquellos, bajo la pena, en caso contrario, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido".

nor del cual "en ningún instrumento relacionado con inversiones o transferencia de tecnología se admitirán -- cláusulas que sustraigan los posibles conflictos o controversias de la jurisdicción y competencia nacionales del país receptor o que permitan la subrogación por los Estados de los derechos y acciones de sus nacionales in versionistas" (párrafo 1º).

- b) Protección bilateral. La práctica de los tratados de co mercio, acompañada a los tiempos que corremos, produjo el nacimiento de convenciones bilaterales entre Estados que se relacionan directamente en el tema de las IE -- (115).

Como señala HENDERSON (116) los tratados bilaterales de éste carácter son de dos formas: los primeros en el tiempo, que comprenden los denominados "de amistad, comercio y navegación" que contienen, de ordinario, -- cláusulas cuyo efecto es proteger la propiedad de los -- nacionales de ambas partes, y los que surgieron a par-- tir de 1.959 que tratan exclusivamente del fomento y la protección de las inversiones privadas de una de las -- partes en el territorio de la otra. Las cláusulas de -- protección legales existentes en éste segundo tipo de -- tratados suelen ser cuatro categorías: de protección, -- expropiación, trato justo y cumplimiento de las obligaciones. Para KOJANEC (117) el tratado franco-argelino -- de cooperación industrial de 1.965 constituye un ejem-- plo claro de "tratado cuadro" o modelo de los que hemos individualizado en éste punto.

- c) Protección institucionalizada, que es la que se puede -- obtener recurriendo a ciertas instituciones a las que -- el Derecho internacional reconoce competencia para dispensarla.

(115) PREISWERK R., La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux; Zurich, 1.963; págs. 100 y ss.

(116) HENDERSON, La legislación sobre IE, cit.; págs. 237 y 239.

(117) KOJANEC, Investimenti all'estero, cit., págs. 163 y ss.

En éste sentido cabe citar la existencia del -
"Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relati-
vas a Inversiones (CIADI). entidad internacional autóno-
ma que se crea (118), organiza (119) y funciona bajo --
los auspicios del Banco Mundial (BIRF). Su labor se con-
creta en tratar de solucionar las controversias que, --
surgidas entre los Estados contratantes y los inversio-
nistas extranjeros que sean nacionales de otros Estados
contratantes, voluntariamente se sometan a su concilia-
ción y, en su caso, al arbitraje de sus "grupos de ex--
pertos".

d) Dentro del apartado que hemos calificado como de "pro-
tección de carácter específico" podemos encuadrar, como
"protección multilateral", una série de "proyectos" de
convenciones que tratan de lograr los fines de garantía

(118) HENDERSON J., La legislación sobre IE, cit., pág. 240,
escribe "como consecuencia de una resolución adopta-
da por el Consejo de Gobernadores del Banco Interna-
cional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) en 1.962,
se inició una labor preparatoria con el fin de deter-
minar si era conveniente y práctico establecer unos
servicios institucionales para la solución de las -
controversias surgidas con motivo de las inversio-
nes. En septiembre de 1.964, el Consejo solicitó es-
pecíficamente a los Directores Ejecutivos que formu-
laran un convenio en el cual se establecieran los -
medios y procedimientos de que se dispondría, a tí-
tulo voluntario, para la solución de las controver-
sias surgidas con motivo de las inversiones entre -
Estados Contratantes y los nacionales de otros Esta-
dos Contratantes, por medio de la conciliación y el
arbitraje. El 18 de marzo de 1.965, los Directores
Ejecutivos aprobaron el Convenio sobre Arreglo de -
Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y
Nacionales de otros Estados, que se presentó a los
Gobiernos Miembros del BIRF para su firma y ratifi-
cación. El Convenio entró en vigor el 14 de octubre
de 1.966. Hasta el 29 de septiembre de 1.969, habían
firmado el Convenio los 62 Estados."

(119) HENDERSON J., La legislación sobre IE, cit., pág. -
241, señala "El organismo rector de este Centro es
un Consejo Administrativo formado por un represen-
tante de cada Estado que es parte en el Convenio. -
El Presidente del Banco Mundial es, ex officio, el -
Presidente del Consejo. El Consejo Administrativo,
por nombramiento de su Presidente, elige al Secreta-
rio General, que es el funcionario principal del --
Centro. El Consejo Administrativo también adopta --
las reglas de procedimiento a seguir, normas para -
iniciar y tramitar los expedientes de arbitraje y --
conciliación".

a que nos venimos refiriendo. En este sentido, las ideas avanzadas podrían clasificarse, a su vez, en tres grupos bien diferenciados:

1º) Proyectos elaborados por organismos internacionales. Por orden cronológico se deben citar la "Carta de la Habana" debida a la Organización Internacional de Comercio (ITO) (120) y el "Acuerdo de Bogotá", firmados ambos en 1.948 (121). En 1.949 la Cámara Internacional de Comercio (ICC) publica un proyecto de Código internacional para el tratamiento de las IE (122), en el cual, subrayando la necesidad de construir un régimen de garantías basado en la equidad, la justicia y los principios del Derecho internacional, confía por vez primera a una institución económica como el Fondo Monetario Internacional (FMI) importantes cometidos en este terreno. En 1.957, la Conferencia de Buenos Aires se inscribe como otro esfuerzo en la dirección apuntada.

Llegamos al año 1.962 y en su mes de julio aparece un "Proyecto de Convención para la protección de los bienes extranjeros" preparado por un Comité de expertos de la OCDE, y que podría caracterizarse en opinión de PUIG (123)- por su amplitud y claridad, su acusado ca

(120) Firmada el día 24 de marzo de 1.948, contenía en sus arts. 8 a 15 una serie de reglas sobre tratamiento y protección de las IE en los territorios de las partes contratantes. WILCOX C., A charter for world trade, Nueva York, 1.949, págs. 231-327. Sobre los antecedentes de este documento nos remitimos a RODRIGUEZ SASTRE, Organizaciones internacionales de cooperación, cit.; págs. 8-9.

(121) Se firmó el día 2 de mayo de 1.948. En el Cap. IV - (arts. 22-27) se establecía el tratamiento en términos similares a los de la Carta de la Habana. KRONFOL, Protection, cit.; págs. 31-32.

(122) ICC., International Code of Fair Treatment for Foreign Investments; Paris, 1.949; págs. 13-17. En 1.960, una Conferencia de hombres de negocios reunida en Karachi (Paquistán) intentó relanzar la idea de éste Código, sin que se lograra ningún avance en tal sentido.

(123) Clima de confianza y cooperación, cit.; pág. 44. Como anexo incluye el autor, en éste mismo trabajo, el texto del Proyecto.

rácter técnico más que político y su falta de innovación en lo que se refiere a campo de los conceptos del Derecho internacional. Este Proyecto fué reelaborado por el Comité de Transacciones Invisibles y, con las modificaciones introducidas por éste, el Consejo de la OCDE adopta, en Resolución de 12 de octubre de 1.967, el nuevo Proyecto de Convenio y acuerda su publicación. Como novedad interesante cabría subrayar la introducción del mecanismo del arbitraje con carácter obligatorio. Este Proyecto complementaría el llamado "Código de liberalización de los movimientos de capital" que había adoptado el mismo Consejo en 12 de diciembre de 1.961, y que fué notablemente modificado en los años siguientes y en el que se prevé un régimen de práctica equiparación para todos los movimientos de capital que se produzcan entre los diferentes Miembros de la organización (124).

2º) Proyectos elaborados por organizaciones privadas. En 1.957 la Sociedad Alemana para el Fomento y la Protección de las IE -creada ese año por hombres de negocios y con sede en Colonia- publica en noviembre un "Proyecto de Convención Internacional para la mutua protección de los derechos de propiedad privada en los Países Extranjeros" verdadera "carta magna", en expresión de KRONFOL (125) para la protección de las IE y en la que se llega a proponer la creación de una Corte o Tribunal Internacional de Reclamaciones. En diciembre de 1.958 la "asociación internacional para la Promoción y Protección de las IE privadas" propuso la adopción de un acuerdo multilateral en el que se hacía alusión a la necesidad de recurrir a formas "neutrales" de arbitraje en la solución de las disputas. En 1.959, un Grupo Parlamentario inglés, creador del "Parliamentary Group of World Government", publica un informe con el sugestivo título de "A World Investment Code?" en el que se proponía la creación de una "Agencia" internacional (el Banco Mundial o el GATT) de un Tribunal de Arbitraje Internacional para la pro--

(124)) El texto del Código y sus sucesivas modificaciones pueden verse en: OCDE, Code de Liberation des mouvements de capitaux; París, agosto de 1.973.

(125)) Protection, cit.; pág. 32.

tección de los inversionistas lesionados en sus derechos..

También en éste mismo año nos encontramos con un interesante proyecto publicado en el mes de abril: el "Proyecto Abs/Shawcross de Convención sobre inversiones en el extranjero" (126) en el que se insiste en la idea del "trato equitativo e igualitario" y en la existencia de un Tribunal arbitral. Por último, a petición de la Secretaría General de las N.U., en 1.961 la "Harward Law School" elabora otro proyecto de Convención sobre "Responsabilidad de los Estados por Daños al Interés Económico de los Extranjeros, en el que se introducen las nociones de "orden público, salud o moralidad" como eximentes de responsabilidad para los Estados causantes del perjuicio (127).

3º) Proyectos elaborados por la doctrina. La doctrina, como es lógico, no podía dejar de examinar un tema tan importante como el de la protección al inversionista extranjero. Los estudios elaborados son numerosos y, en general, propugnan las soluciones a base de la formalización de acuerdos multilaterales y la creación de organismos adecuados para resolver las controversias. Sobre el contenido de las propuestas formuladas por Van Eeghen, Hood, Strauss, Maffry, Jalan, Osborne, Zolotas, Tilney-Bagnell, Pont-zen, etc. nos remitimos al trabajo de PUIG ROJAS (128).

Para finalizar con éste punto, indicaremos que en las Conferencias organizadas por la Federación de Asociaciones Nacionales de Abogados (I.B.A.) (129) y en las

- (126) El Dr. ABS era el Director del Deutsche Bank y Lord Shawcross era un prestigioso abogado británico. Vid. sobre el tema: "Draft Convention on Investment Abroad" en Journal of public Law; Vol. IX, 1.960; págs. 116 al 124.
- (127) SHON L.B. y BAXTER R.R., "Responsability of State for Injuries to the Economic Interest of Aliens" en The American Journal of International Law; Vol. LV, Julio 1.961; pág. 545.
- (128) Clima de confianza y cooperación, cit.; págs. 40 y ss.
- (129) En la Conferencia de Oslo (1.956) se ocupó de la protección de la propiedad extranjera en tiempo de guerra, y en la Colonia (1.958) del mismo tema en tiempos de paz.

de la Asociación Fiscal Internacional (IFA) (130) existe constancia de numerosas Ponencias y Comunicaciones - que abordan éste polémico tema.

El estudio pormenorizado de cualquiera de los documentos citados, nos pondría de manifiesto el ingente cúmulo de cuestiones y problemas que la salvaguardia de los "riesgos políticos" -es decir, los "no comerciales"- implica y, en consecuencia, la importancia que -- presenta ésta faceta del fenómeno de la IE.

Es precisamente en la regulación jurídica -convencional- de éstos aspectos de las relaciones económicas internacionales, donde con una gran nitidez, se van reconociendo los principios rectores del nuevo Derecho económico internacional, Derecho de la flexibilidad, de la adaptación. La práctica de los Tratados va delineando, poco a poco, toda una serie de nociones claves, que vienen a representar la filosofía de ésta nueva disciplina. La creación y normalización de usos -uniformes, admitidos cada vez más con carácter general- que, posteriormente, se van plasmando en normas jurídicas del Derecho interno de los diferentes Estados, y las reglas que aparecen debidas sobre todo a la actividad de la institución, hoy tan extendidas y aceptadas, del "arbitraje" internacional, constituyen una de las principales vías de formación y consolidación del Derecho económico internacional.

En este sentido, la Convención del B.I.R.D. -- constituye un hito que merece ser destacado (131), por cuanto representa un paso adelante en la evolución progresiva que trata de obtener para las personas privadas una plaza efectiva en la escena del Derecho internacional, uno de los principios esenciales sobre los que se construye la moderna rama del Derecho.

(130) El tema fué tratado en sus reuniones de 1.953, 1.954 y 1.959.

(131) Vid. AMADIO M., Le Contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1.965; (tesis doctoral), Toulouse, 1.967.

Acabamos de exponer la importancia del aspecto político que conlleva la IE y los múltiples temas que, bajo tal enfoque, podrían ser objeto de debate.

Pero también es preciso, para que sigamos caminando en la comprensión total de la entidad -- de la cuestión, fijar nuestra atención en sus matices "socio-culturales" que, aunque intangibles muchas veces, pueden producir un impacto -a nivel popular- tanto o más acusado que "los políticos". La firme reacción en contra de la empresa multinacional en algunos países receptores -se ha admitido en un Informe de la ONU (132)- debe entenderse en un contexto sociocultural amplio.

Ha escrito AGUILAR NAVARRO (133) que - "toda empresa hegemónica se traduce por un imperialismo cultural", idea ésta que -aún cuando deba ser matizada según las circunstancias- nos pone de manifiesto - la existencia de "riesgos sociales" evidentes en la IE, y que merecen ser puestos de relieve, aunque solo lo - sea con la intención de subrayar aún más la importancia global del tema que estamos desarrollando.

Al meditar sobre éste punto y después

(132) Las Corporaciones multinacionales en el desarrollo mundial; Nueva York, 1.973; (ST/ECA/190), pág. 55.

(133) "Neocolonialismo y bases militares extranjeras", en Revista Española de Derecho Internacional, Vol. XVI, nº 3; Madrid, 1.963; pág. 517.

—de analizar cuidadosamente la escasa bibliografía que se ha ocupado del tema, observamos que pueden identificarse dos claras vertientes en el mismo: una, referida a los temas genéricamente agrupados bajo la amplia capa de "lo socio-cultural"; otra, más específica, que se ocupa de las materias que se incluirían en un epígrafe rotulado como "política laboral".

2.1. Las IE y su influencia en el área socio-cultural.

— No cabe negar la evidencia de que la penetración masiva del capital extranjero suele ir acompañada de un cierto grado de influencia en el contexto cultural de los países que reciben la inversión. Esta influencia, que se manifiesta en forma muy variada y en los aspectos más insospechados, afecta de manera decisiva las formas de vida (way of life) —individuales, familiares, comunitarias— de quienes muchas veces, inconscientemente, son sus receptores.

— François PERROUX (134), al tratar el tema de la interdependencia de las naciones en el plano de la economía, señala que la cuestión relativa a la "independencia cultural" no debe considerarse como "extra-económica" puesto que el análisis económico más moderno se aplica a variables que, anteriormente, no se tenían en cuenta: la investigación, la educación, la cultura de las poblaciones, son aspectos a incluir en la motivación de cualquier política realista.

— La penetración del capital foráneo se apoya, en muchas ocasiones, en la necesaria modificación

(134) Independencia de la economía nacional e interdependencia de las naciones; Madrid, 1.972; pág. 277.

de los valores culturales de las comunidades en que de-
sea implantarse, porque éstos pueden constituir un fre-
no importante para su aclimatación. De ahí que observe-
mos como, a veces muy sutilmente, se van creando poco a
poco las condiciones propicias para un "cambio de la --
mentalidad tradicional" que representan, repetimos, un
firme obstáculo para el desarrollo de la IE. En éste --
sentido, la lucha contra las "formas de vida nacionales",
constituye un objetivo de primera magnitud.

En éste sentido y en comunidades tan in-
fluenciadas por los "mass-media", la manipulación ade-
cuada de los mismos se presenta como un arma decisiva -
en éste terreno. Las modas, los gustos, las costumbres
en suma, se "sugieren" en formas tales que podríamos --
afirmar que se "imponen" coactivamente.

Quizás uno de los países donde la cues-
tión que esbozamos ha logrado alcanzar mayor notoriedad
y preocupación, sea Canadá, porque sienten tan cerca y
tan cuantitativamente importante la influencia USA, que
el propio Gobierno se ha ocupado de examinar cuidadosa-
mente "el impacto que el control extranjero de los nego-
cios canadienses produce sobre su cultura y sociedad" -
(135), es decir, la influencia que las inversiones ex-
tranjeras directas (vid. su concepto en el Cap. II de -
la primera parte) han producido en el espacio cultural
nacional. Como una primera conclusión que se extrae al

(135) Informe GRAY, cit.; págs. 291 y ss. RAINAR HELLMANN,
ha subrayado como las IE americanas constituyen agen-
tes de propagación del estilo de vida y del compor-
tamiento económico de los americanos, señalando co-
mo el sociólogo alemán HEINZ HARTMANN constató, co-
mo con la ocupación militar aliada, se produjo una
impregnación de los hábitos de éstos a la sociedad
alemana. Las empresas norteamericanas constituyen -
en Europa las "cabezas de puente" y las "vitri-
nas de exposición de la civilización económica america-
na" (Puissance et limites des multinationales, Paris,
1.973; pág. 148).

respecto, cabe señalar que existe un alto grado de influencia entre dos factores de signo opuesto: la actitud cultural del Canadá ha facilitado la penetración del capital exterior, y éste, a su vez, ha influido decisivamente su entorno cultural y social. No obstante, la gran influencia del capital norteamericano ha hecho aumentar grandemente las dificultades para el desarrollo de una cultura genuinamente canadiense. Otro resultado del estudio nos situa dentro de los límites de un análisis objetivo: en las comunidades constituidas básicamente como "sociedades abiertas a numerosas influencias exteriores" es difícil individualizar qué impactos se producen por dicha dinámica y cuales podrían atribuirse a la IE. La tecnología -que valora la eficiencia, y ésta tiende a minimizar y obscurecer las diferencias culturales- constituye uno de los vehículos más importantes para promover un cambio o innovación en las costumbres, modas y actitudes de las comunidades. Si el impacto tecnológico es importante, también lo será el que produzca en las "formas de vida" del país que lo admita. Las innovaciones crean necesidades y éstas vendrán impregnadas de un alto grado de "color extranjero".

La penetración "cultural" extranjera -que utiliza el vehículo ideal de la IE- puede producir un efecto de "desviación" en la comunidad receptora que suele traducirse en una "asimilación ideológica" de los modelos importados de incalculables consecuencias, tanto en el ámbito de la cultura propiamente dicha (educación, deportes, arte, etc.) como en el de los negocios (preferencia por determinados productos, tipos de servicios, métodos de trabajo, etc.).

El "riesgo socio-cultural" de la IE existe, y negarlo sería ir contra la realidad misma de las cosas. Este riesgo constituiría lo que, matizando la idea de HUNTER, ya aludida, se ha calificado muy acertadamen-

(136) CAMARA DE COMERCIO AMERICANA EN ESPAÑA: Las inversiones norteamericanas en España; Barcelona, 1.972; señala que "los costes cualitativos están principalmente en el sacrificio de la tradicional cultura española, sus métodos y valores y su rápida substitución por nuevas técnicas, ideas y filosofías; nuevos standards y valores. La rapidez del cambio que ha tenido lugar en España forzosamente tiene que manifestarse en síntomas de "choque futuro". Este choque futuro es parecido a otro fenómeno más antiguo y conocido, el choque cultural. Ambas expresiones sirven para describir la tensión y desorientación que experimenta el individuo cuando se siente sometido a un cambio excesivo en un espacio de tiempo demasiado corto. Si bien el choque cultural aparece cuando la gente pasa de una cultura (país) a otra, el choque futuro aparece dentro de una misma cultura a raíz de los rápidos cambios que tienen lugar en ella en un plazo de tiempo relativamente corto. La internacionalización de muchos aspectos de la vida española está en marcado contraste con la sociedad más tradicional y cerrada del pasado. Este rompimiento con el pasado; la mayor afluencia de situaciones nuevas; la rápida implantación de nuevas metodologías y técnicas y usos de la información; nuevos estilos de vida y de valores; presiones sociales y políticas para el cambio; composición del medio cultural y mutables necesidades educacionales y organizativas; todo se manifiesta de muchas maneras. Es, pues, natural que haya personas que prefieran sistemas más antiguos y tradicionales y se pronuncien contra todas las fuentes de cambio, y entre éstas, la inversión del exterior figura entre las más importantes en España. El problema está en encontrar la combinación óptima de lo viejo y lo nuevo; que sea social y políticamente aceptable y dé sólidos resultados a largo plazo. A menudo se critica que los extranjeros no tengan suficiente sensibilidad por los valores tradicionales y sistemas de vida de España y que traten harto bruscamente de provocar el cambio sin la debida consideración a los inmediatos sentimientos y privaciones de sus socios y demás. Aunque los costes culturales no se pueden medir, pueden a su vez inflar los costes aparentes de otros factores más palpables que se traducen en los llamados "incentivos" a las Inversiones extranjeras"; (pág. 58). "También se dice que muchos choques de intereses y perspectiva surgen de los problemas de comunicación originados por la distancia y por las diferencias culturales. Las decisiones que afectan vitalmente a una empresa española -- acaso las tomen, en remotas salas de juntas y despachos, personas que no la conocen suficientemente, o que no están bastante informadas o interesadas en que la filial desarrolle todo su potencial"; (pág. 23). Entre los celos que suscita la IE se piensa que "se marchitarán las tradiciones culturales españolas" (pág. 22). En este mismo tema, debe verse el estudio efectuado por VAZQUEZ MONTALBAN, en su obra La penetración americana en España (Madrid, 1974; págs. 351 y ss), donde con un apasionamiento desmedido, trata de ilustrar sobre esta cuestión.

CHAPOY A., Empresas multinacionales; Méjico, 1.975;

—constituir una fuente constante de tensiones (137).

Muestras de la "resistencia popular" a asimilar el influjo de formas culturales extrañas se en-cuentra por doquier, y van desde la exaltación furibunda de los sentimientos nacionalistas (138) hasta las -

pág. 77, se refiere igualmente a los "costos sociales" de la IE, pues ésta muchas veces se orienta a la producción de bienes superfluos, ayudando así al surgimiento de una "economía dual", fenómeno característico de los países subdesarrollados.

(137) Como señala la ONU (Las Corporaciones multinacionales en el desarrollo mundial, cit.; págs. 55 y 56). La influencía extranjera, derivada muchas veces de la pujanza financiera y la facilidad de acceso a los medios de poder, por parte del capital extranjero, desagrada, sobremanera a la élite del país receptor, por ejemplo, a los intelectuales, a los gobernantes, a los dirigentes sindidicales y a los jefes de empresa que aspiran al poder y que se consideran como los guardianes de los valores del país y del patrimonio nacional. En razón de su alianza tácita con ciertos grupos sociales, se llega a considerar que el capital extranjero constituye un obstáculo al desarrollo social y político de la nación huésped. El tren de vida del personal extranjero, ostentador si se le compara al de los empleados locales, suscita la envidia y el descontento. Sus métodos, en general orientados hacia la eficacia, pero indiferentes a los valores culturales locales, pueden ser juzgados como arrogantes y bárbaros por la población del país de penetración. Incluso aquellos nacionales que adquieren una buena formación técnica y trabajan para el capital extranjero se arriesgan a ser considerados como instrumentos de influencia extranjera. Aunque éstas ideas -- pueden cambiar a la vista del comportamiento del capital extranjero, no se debe subestimar los sentimientos inspiran.

(138) En éste sentido no puedo dejar de transcribir parte -- del prólogo de dos obras inequívocamente curiosas. Una publicada en Cuzco (Perú) y la otra en Mérida del Yucatán (Méjico).

CARMEN GLORIA VIZCARRA FANO (Método fácil de aprender Quechua; Cuzco, 1.970, págs. 1-2) escribe: "la verdadera Patria es la lengua, es la que despierta un amor ardiente al hombre, como expresión acabada como en toda raza, en todo pueblo en cualquier instante, porque en ella van envueltos todos los sentimientos, es el alma que exterioriza, de modo que el abandono y desprecio -- de la lengua materna, es la mina del verdadero patriotismo; un pueblo puede cambiar sus costumbres hasta -- sus creencias, perder la memoria de sus antiguas tradiciones; más no dejará la lengua, mientras conserve el sentimiento nacional. En el encaminamiento social y -- económico (del Perú) el idioma quechua será la base pa

—formas más indefinibles del idioma (139), el arte, el de
porte, etc.

— Junto a ésta actitud de salvaguardia que -
podríamos calificar de espontánea, los poderes públicos
no han dejado de idear algunos expedientes que la refuer
cen. Entre ellos, y quizás el más frecuentemente utiliza
do, ha sido el de oponer una barrera infranqueable al ca
pital exterior en campos desde donde se puede propiciar
esta forma de colonialismo cultural con mayor intensidad
y así es norma común la prohibición de IE en los medios
de comunicación más populares: Televisión, radio, prensa,
etc. (140).

— ra dar el desarrollo que esperamos. Es mi opinión que
solo la reactualización del idioma quechua, será la ba
se para salir del estado de subdesarrollo en que vive
el campesino".

— El idioma quechua fué declarado oficial en el Perú el
27 de mayo de 1.975.

— M. ZAVALA (Gramática Maya; Mérida del Yucatán, 1.896;
págs. I-III) escribe que "no tendría nada de extraño -
que el maya fuera superior a todos los idiomas moder--
nos ... y como tal, dignísimo de ser estudiado y habla
do por personas ilustradas" y guía notabilísima para -
investigadores...

— (139) Es curioso observar como en los países latinoamerica
nos el idioma castellano es utilizado como su arma -
eficaz para mantener un elemento diferenciador termi
nante en la confrontación al control norteamericano.

— (140) Sobre éste punto nos remitimos a TURNER (Las Socieda
des multinacionales, cit.; págs. 66-70) y ORDONNEAU -
(Las multinacionais contra os Estados, cit.;pág. 193)seña
lando este último como la mayor parte de los países -
prohiben cualquier IE en los periódicos y revistas de
información (USA, Francia, Argentina, Nueva-Zelanda,
etc.). Canadá tomó medidas muy complicadas para obsta
culizar toda tentativa de inversión exterior en éste
campo: por ejemplo, prohibición de descontar los cos
tos de publicidad como gastos de los negocios si ésta
publicidad era publicada en periódicos no canadienses.
En Nueva Zelanda, la Law Media Ownership fué cotada -
en 1.965 prohibiendo las IE en prensa, sobre todo una
vez descubiertos los propósitos de Lord Thompson, mag
nate inglés de origen canadiense. En la radio y la te
levisión las IE son sistemáticamente prohibidas.
También, Informe GRAY, cit.; págs. 321-322.

Dentro del área-específicamente cultural podría citarse, igualmente, otro factor negativo que -acompaña al fenómeno de la IE -como ha puesto de relieve GRANELL (141)- y que es el denominado muy gráficamente "fuga de cerebros". Los intelectuales, espoleados por las perspectivas que ciertos inversionistas extranjeros pueden ofrecerles en los países de donde proceden, propenden a emigrar hacia los países de donde procede la inversión y a instalarse, a veces definitivamente, en éstos porque allí pueden desarrollar sus posibilidades de forma más completa que en sus lugares de origen. Así se hurtan posibilidades al desarrollo cultural de los pueblos que sufren el "éxodo" (142).

Otros "cerebros" suelen regresar, al cabo de cierto tiempo, a sus países de origen pero, de ordinario, vuelven "mentalizados" de acuerdo con las -coordenadas ideológicas de la comunidad donde vivieron, convirtiéndose en instrumentos eficaces de penetración de las formas extranjeras distorsionando la cultura autóctona (143).

Por otra parte, los conocimientos que suelen aportar -como es lógico- son de "procedencia extranjera" lo que, unido al riesgo "social" que implican, --puede generar una dependencia tecnológica del exterior aún más preocupante, si cabe.

(141) Las empresas multinacionales y el desarrollo; Barcelona, 1.974; págs. 181-182.

(142) Es interesante el planteamiento crítico de ésta idea que efectúa MISHAN E.J., Falacias económicas populares; Barcelona, 1.974; págs. 217 y ss.

(143) El tema es interesante y proclive a la polémica. CORRRALES M. ("El imperialismo y el monopolio del talento" en Revista Política Internacional; La Habana, año VII, nº 26, 1.969; págs. 41-128; cit. por GRANELL) --subraya que la caza de talentos y la extracción de intelectuales de los países pobres por las grandes compañías multinacionales para llevarlos a los países ricos es una manifestación más del imperialismo.

Con las líneas anteriores hemos querido poner de manifiesto otro haz de cuestiones específicas -- que, poco analizadas, surgen del propio hecho de la IE y que pueden generar --como se ha esbozado-- toda una compleja problemática en la que la unanimidad de criterios tampoco sea la nota dominante.

2.2. Las IE y su influencia en la política laboral.

El segundo gran aspecto que identificábamos en la vertiente social de las IE era el que bautizamos como de "política laboral"; término que podríamos restringir a la cuestión concreta y cada vez más importante de los efectos que produce la inversión exterior en el "empleo y la mano de obra" en general.

La cuestión, aunque trascendente y controvertida, no ha sido objeto del amplio análisis que por ello cabría esperar si lo comparamos con otros aspectos menos sobresalientes. No obstante, existen algunos estudios interesantes (144) y uno de ellos, en particular,

- (144) VAITSOS V., Employment and Foreign Investment in Developing Countries: some notes and figures; Consejo del Acuerdo de Cartagena (doc. J/AJ/35/Rev. 1), Lima, 1.973.
- IFFLAND Ch. y STETTLER A., Les Investissements industriels suisses au Bresil; Lausanne, 1.973 (Caps. III y IV; examinan la influencia de las IE en lo referente al empleo -págs. 73 y ss- y a los "salarios y promoción social" -págs. 97 y ss-).
- NATIONAL FOREIGN TRADE COUNCIL, The impact of U.S. direct investment on U.S. employment and trade; Nueva York, 1.971.
- SAGARDOY J.A., "Empresa multinacional: aspectos laborales", en XXII Semana de Estudios de Derecho Financiero; Madrid, 1.974; págs. 269 y ss y "la temática laboral del grupo de empresas" en el libro Empresas multinacionales y Derecho español; Madrid, 1.977, págs. 765 y ss.
- RODRIGUEZ PIÑERO M., "Empresas multinacionales y Derecho del trabajo" en Empresas multinacionales y Derecho español, cit.; págs. 785 y ss. (en su pág. 796, nota 21 contiene referencias bibliográficas de revistas y monografía).
- VELDKAMP G.M.J., "Tendencias en la seguridad social in-

extraordinariamente clasificador del tema (145), por lo que nos servirá de guía para nuestra sincopada exposición.

La IE puede, y de hecho así sucede, influir sobre la política laboral tanto en los países que la reciben como en aquellos que exportan el capital. Obviamente inciden en mayor escala en los primeros que en los segundos. Por otro lado, su repercusión se hace sentir, principalmente, en temas tan concretos como el de la -- creación de empleos, la formación profesional, las condiciones en que se desenvuelven las relaciones laborales, las propias condiciones de trabajo, etc. Trataremos por ello de dar una visión global del tema, aunque por menorizada dentro de los límites lógicos, con objeto de hacer resaltar su importancia y los problemas que podría plantear al investigador el estudio de cada uno de ellos.

A) Países importadores de capital.

Los efectos que puede causar la IE en los -

ternacional" en Empresas multinacionales y Derecho español, cit.; págs. 801 y ss.

O.N.U., Las Corporaciones multinacionales, cit.; págs. 50 y 51, y Efectos de la empresa multinacional, cit.; págs. 81-88.

LEVI L., Crisi de létat national, firmes multinationale et mouvement ouvrier; París, 1.976.

LEVINSON CH., El contrapoder multinacional: la réplica sindical; Barcelona, 1.976.

(145) Nos referimos concretamente a la ya citada publicación de la OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (O.I.T.), Las empresas multinacionales y la política social; Ginebra, 1.973.

Otras publicaciones de la OIT sobre el tema: Possibilité d'établir des principes internationaux sur la politique sociale pour les entreprises multinationales; Ginebra, 1.976; Les relations professionnelles dans les entreprises multinationales en Europe occidentale; Ginebra, 1.976; L'impact des entreprises multinationales sur l'emploi et la formation, Ginebra, 1.976.

--diferentes países importadores del capital, varía en in tensidad según el grado de su desarrollo. No obstante, pueden establecerse una série de campos donde se hacen más patentes y generalizadas las consecuencias de la -- inversión. En esencia se pueden reducir a los siguien-- tes: creación de empleos, formación profesional y condi ciones de las relaciones laborales.

Por lo que se refiere a la "creación de -
empleos", se ha puesto de manifiesto (146) que la IE en
nada influye tanto como "sobre el volumen y categoría -
del empleo y las calificaciones que requieran, sobre la
diversificación en la producción y la consiguiente gama
de oficios que enseñar y sobre la estructura actual y -
futura de la fuerza de trabajo" reportando múltiples be
neficios al país recipiendario de los fondos, porque lo
gra alcanzar, entre otros objetivos, "un empleo y una -
productividad más elevados" (147).

Como indica SAGARDOY, en los países de --
acogida, los efectos en éste tema son dignos de conside
--ración (148). En las numerosas disposiciones especiales

(146) OIT, Las empresas multinacionales, cit.; págs. 52-53.

(147) O.N.U. - Consejo Económico y Social: "Cuestiones fis-
cales y financieras. Fomento de las inversiones priva-
das extranjeras en los países en desarrollo", Informe
del Secretario General al 53^{er} periodo de Sesiones --
(Doc. E/5114; 31-III-1.972; págs. 1-2, párrafo 4).
Sobre éste tema nos remitimos también a RICHARD R., --
Journée d'etude sur le investissements americains en
France, CGT-F.O. 30-marzo-1.965, College des sciences
sociales et economiques, Paris.

(148) (Empresas multinacionales: aspectos laborales, cit.;--
págs. 780-781). "Sobre el nivel total de empleo indus
trial, por ejemplo, en Francia, representan las multi
nacionales el 4 por 100; en Gran Bretaña, el 7 por 100,
y en Bélgica, el 18 por 100. Asimismo debe destacarse
que la inversión extranjera es una fuente de empleo -
superior a la media: en Bélgica, entre 1.964 y .968,
las inversiones extranjeras han creado el 70 por 100
de los empleados resultantes de las nuevas inversio--
nes, y en el mismo país el 20 por 100 de los trabaja-

dictadas para regular la IE, en los distintos países, se advierte una preocupación constante por ésta cuestión -- (149).

En cuanto a la "cualificación profesional", si uno de los principales argumentos utilizados en favor de la IE consiste en la transferencia de tecnología que deben suponer, es lógico pensar, que también podría afectar en gran medida a los niveles de preparación de la mano de obra nacional. Desde la cualificación del peonaje, hasta la asimilación de los conocimientos técnicos de dirección, podría enumerarse toda una gama de factores que influyen sobre la formación del elemento-trabajo en el país receptor del capital extranjero (150).

dores industriales están ocupados en multinacionales, según datos de la C.E.E. (1.973). Completando tales datos, la OIT indica que el número de empleos ofrecidos por las multinacionales se estima en unos 13 ó 14 millones, pero teniendo en cuenta que unos 11 ó 12 han sido creados en los países desarrollados y 1 ó 2 en los en vía de desarrollo. Puede admitirse, en conjunto, según dicho Organismo, que en general las inversiones de las multinacionales han sido beneficiosas para el mercado de empleo. De cualquier modo, algunos organismos sindicales como la Federación Sindical Mundial, han manifestado que las inversiones extranjeras pueden provocar graves perturbaciones en las estructuras nacionales de empleo y en su reparto territorial y profesional (coloquio convocado por la O.N.U., en Ginebra, noviembre de 1.973). El tema es importante, puesto que no puede dejarse por los Gobiernos la selectividad del empleo en manos de las multinacionales o, mejor aún, de sus intereses. En este punto, como en otros, el interés común debe primar sobre el privado y así la cooperación puede resultar beneficiosa para los países de acogida. En la misma línea, la OIT señala que el balance de las multinacionales respecto del empleo es menos favorable cuando se examinan los efectos indirectos de sus actividades en los países industrializados de acogida. Así en lo referente a aprovisionamientos y en cuanto a las industrias que tienen una elevada repercusión en el coste de la mano de obra que las multinacionales procuran transferir a filiales del país de origen por los menores costes salariales de las mismas".

(149) Vgr. Código de IE del Senegal, de 4 de junio de 1.972 (artº. 10º).

(150) No obstante y referido a las empresas multinacionales, ha puesto de relieve CAMBRA (Nuevo poder del capita--

Pero no siempre éste argumento puede ser utilizado para defender la IE. SEPULVEDA y CHUMACERO, refiriéndose al caso específico de México (151) escriben -- que "si bien es cierto que por medio de la IE directa -- los empresarios mejicanos pueden obtener una mayor capacitación, también lo es que ésta forma de transmisión -- de conocimientos puede constituir un vehículo para distorsionar el reducido mercado nacional y fomentar patrones de consumo que no corresponden al nivel de desarrollo de la economía mejicana. Con ello se provocan serias deficiencias en la utilización de los escasos recursos internos y la creación de necesidades tecnológicas --y -- su consecuente retribución-- para la satisfacción de éstas modalidades de consumo". El tema, como puede observarse, no escapa a la regla general de la controversia, implícita en todo el fenómeno de la IE.

Como señala RODRIGUEZ PIÑERO (152) una difi-

lismo: conglomerados y empresas multinacionales; Madrid, 1.972; pág. 123) que "en lo que respecta al personal, existen dos distintas clases de gerentes. Una está constituida por los nacionales de la compañía matriz que trabajan en las operaciones interiores, en el extranjero o en las oficinas centrales. La otra clase está formada por los ejecutivos indígenas que regentan los establecimientos extranjeros. La existencia de éstas dos clases desiguales resulta un tema -- "tabú" y casi nunca se menciona ni discute abiertamente en los ambientes corporativos multinacionales. La mera existencia de esa situación laboral presenta un serio impedimento a la creación de una estructura gerencial y de un cuerpo ejecutivo en las compañías multinacionales que pueda ser internacionalista en sentido pleno".

Ahondando sobre éste tema, la Revista Cuadernos para el Diálogo (nº 99, diciembre, 1.971; págs. 8-9, editorial: La importación de ejecutivos) ha puesto de manifiesto la discriminación que en España practican las sociedades multinacionales, habiéndose producido, con el pretexto de formar a nuestros técnicos, una verdadera invasión de ejecutivos y altos cargos, que han ocupado la mayoría de los puestos de dirección. La cuestión se agría más al contemplar las diferencias de remuneración que perciben unos y otros.

(151) La IE en México, cit.; pág. 84.

(152) Empresas multinacionales y derecho del trabajo, cit.; pág. 788, y continúa señalando que "aún cuando respec

cultad específica que plantean las Sociedades multinacionales -paradigma de la IE- es el impacto negativo que -- las diferencias culturales en la organización y manejo - de los hombres puede producir sobre las condiciones de - trabajo, en sus más variados aspectos.

Desde el punto de vista de la "retribución del trabajo" se suscitan numerosas cuestiones discutibles, tanto desde un ángulo de pura comparación internacional, como desde una óptica esencialmente interna.

Sin dejar de reconocer la complejidad de - tipo teórico, y aún práctico, que plantea la comparación del nivel de salarios entre países, no cabe soslayar la realidad de que las mismas existen e, incluso entre países de parecidas estructuras productivas.

Estas disparidades, que acarrean consecuencias económicas de gran transcendencia, se perciben por las reivindicaciones cada vez más apremiantes que los -- Sindicatos hacen para que se establezca la paridad de salarios y se armonicen las condiciones de trabajo y las - prestaciones marginales. Esta cuestión ha pasado a ser - en los últimos años el objetivo capital de la acción sin

to a los salarios en general las multinacionales abonan los salarios medios del país de acogida, hay una cierta tendencia a organizar la producción, a distribuir los puestos de trabajo y calificaciones no de -- acuerdo a la tradición nacional, sino a las normas internas elaboradas en el seno de la multinacional. Mientras que en materia de salario y otras condiciones mínimas de trabajo (vacaciones, jornada, etc.) se aceptan los mínimos nacionales, se quiere obtener de los trabajadores un output similar al marcado en la empresa madre, lo que se refleja evidentemente en costos - de mano de obra por unidad producida muy inferiores a los del país de origen, pero también en unas condiciones de trabajo que imponen un crecimiento del rendimiento de los trabajadores muy superior a la media -- del país, lo que supone que las condiciones de trabajo sean más duras que las empresas del sector y de la región, sin obtenerse por ello una adecuada compensación".

— hasta un punto tal que no dejã de reconocêrsela como la -
base que ha apoyado al reforzamiento de los Sindicatos en
los países subdesarrollados por los homólogos de los paí-
— ses industrializados (creación de Confederaciones Sindica
les Internacionales; Federaciones de Industrias, etc.) --
(154).

— Si la comparación, en el terreno internacio
nal, es importante por los efectos económicos que acarrea,
la de los salarios, en el orden interno, constituye una cues
— tión fundamental. La comparación entre la retribución que
satisfacen los empresarios nacionales y los extranjeros,
y las posibles diferencias que pueden existir, son causa
de frecuentes problemas de difícil solución. Estas cuestio
— nes pueden complicarse cuando las disparidades de salarios
se producen no solo entre sectores económicos diferentes,
sino entre empresas de un mismo sector (155).

— Un segundo apartado de temas de gran interés

— (153) OIT, Las empresas multinacionales, cit.; pág. 71, año
de que "hasta ahora, esa acción se ha manifestado en
dos formas: primero, por la reivindicación de una equi
paración entre establecimientos de la misma firma, y
segundo, por gestiones internacionales para dar mayor
eficacia a la cooperación entre sindicatos, sobre to
do entre los que representan al personal de una misma
empresa en distintos países, con objeto de reclamar -
la armonización de sus situaciones. Cuando las reivindi
caciones de los trabajadores de una filial o de un es
tablecimiento se apoyan en comparaciones con las con
— diciones que rigen en otras filiales o establecimien
tos de la misma empresa, esa acción es una consecuen
cia lógica del hecho de que los trabajadores o sus re
presentantes se han dado cuenta de las diferencias no
tables que puede haber entre ellos"

— (154) Pueden consultarse, a éste respecto, los ejemplos que
cita LEVISON Ch., El contrapoder multinacional; La ré
plica sindical; Barcelona, 1.976.

— (155) Sobre éste punto, Las empresas multinacionales y la -
política social, cit.; págs. 76 y ss.

lo constituyen las llamadas "relaciones sindicales" en el ámbito de las empresas multinacionales.

El movimiento sindical se preocupa cada vez - más por los problemas que a su juicio plantean o pueden - plantear este tipo de empresas, no sólo en su calidad de empleadores, sino también como fuerza económica y política. Así pues, son muchos los que dentro del movimiento -- sindical considerar que las autoridades públicas deberían ejercer un control sobre esas sociedades, tanto en el pla - no nacional como en el internacional (156) y por ello se - ha producido un progresivo reforzamiento de las organiza - ciones laborales de carácter supranacional (157), creando lo que algún autor denomina "el contrapoder multinacional" (158) como una forma idónea, quizás la más eficaz, de de-

(156) OIT, Las empresas multinacionales, cit.; pág. 91.

(157) Una sucinta síntesis de la evolución histórica sobre el tema, en MONTCEAU M., L'organisation internationale du travail; Paris, 1.972. Sobre la historia, principios y objetivos, estructura, actividades, etc. de la O.I.T. nos remitimos a TESSIER J., "L'organisation Internationale du Travail", en la obra colectiva, dirigida por L'HUILLIER F., Les institutions internationales et transnationales; Paris, 1.961; págs. 266 y ss. MIOTTO R., Les syndicats multinationaux; Instituto para la economía europea, 1.976.

(158) LEVINSON, El contrapoder multinacional, cit.; principalmente págs. 189 y ss.

La prensa española recogía en el mes de agosto de 1.978 la siguiente noticia: "La Federación Internacional de Organizaciones de Trabajadores de la Metalurgia (F.I.O.M.) ha convocado para el 30 de agosto próximo una reunión sindical de urgencia" para examinar, coordinar y poder llevar a cabo de forma concertada una campaña en favor del pleno empleo con todas las centrales cuyos trabajadores están siendo afectados por la venta de Chrysler-Europa. La reciente adquisición por parte del grupo Peugeot-Citröen de las filiales europeas de Chrysler en España, Gran Bretaña y Francia, ha despertado una gran ola de desconfianza y sospechas en el mundo sindical. Ante la posibilidad de despidos por razones de "reorganización", la FIOM se manifiesta "sumamente preocupada" por el eventual impacto negativo que puede tener sobre el empleo, el inesperado y sorprendente cambio de propietario de las filiales europeas de esta sociedad. Sin ir más lejos, el 31 de mayo último, en

—fensa -o de lucha reivindicativa- frente a la creciente amenaza que representa el fenómeno de la internacionalización del capital (159).

el encuentro de los representantes sindicales del consejo FIOM-Chrysler con la dirección de la firma en Detroit, su presidente, señor Riccardo, dejó entender que la sociedad pensaba adaptarse como consecuencia de las necesidades de la próxima década. -- Sin embargo, ninguna garantía ha sido dada por lo que respecta al empleo, Ya es hora -concluye el comunicado-, que las sociedades transnacionales de la industria automovilística se vean de alguna forma obligadas a anunciar las eventuales repercusiones sobre el empleo de sus importantes reorganizaciones". (Informaciones, Madrid, 16 de agosto de 1.978, pág. 9).

(159) Como ha anotado el Informe de la OIT, Las empresas -- multinacionales, cit.; pág. 93, "en diciembre de 1.970, el comité ejecutivo de la CIOSL, reunido en Bruselas, adoptó una resolución sobre libertad sindical y compañías multinacionales. Esta resolución se refiere, entre otras cosas, a la aprensión que causan entre las organizaciones sindicales, especialmente en los países en vías de desarrollo, las actividades de las empresas multinacionales, en particular cuando contribuyen a que los gobiernos restrinjan los derechos y objetivos sindicales, y al hecho de que algunos de estos gobiernos, en su esfuerzo por atraer inversiones extranjeras, ofrecen, entre otros incentivos, la adopción de medidas antisindicales. La resolución pone de relieve la responsabilidad moral que tienen los gobiernos de los países exportadores de capitales de asegurar que las empresas multinacionales ofrezcan en sus filiales extranjeras condiciones de empleo satisfactorias y que, sobre todo, reconozcan las actividades sindicales. La resolución indica que toda restricción a la libertad sindical en los países en vías de desarrollo puede traducirse en los países industrializados por un aumento de la presión a favor de medidas proteccionistas. Por último, pide que se celebre una conferencia de las Naciones Unidas para elaborar un código de conducta aplicable a las empresas multinacionales. Muchos de estos puntos han sido incluidos en una declaración adoptada por la CIOSL en la Conferencia Económica Mundial de Organizaciones Sindicales Libres, celebrada en Ginebra en junio de 1.971. En su décimo -- Congreso Mundial, reunido en Londres en julio de 1.972, la CIOSL adoptó otra resolución sobre las empresas -- multinacionales, en la que reiteró el llamamiento que -- había hecho el año anterior, en la Conferencia Económica Mundial de Organizaciones Sindicales Libres, a favor de una mayor cooperación de todo el movimiento internacional de organizaciones sindicales libres a fin de hacer frente al desafío que representan esas -- empresas. En la resolución se propone una acción más decidida mediante la creación de un grupo de trabajo común CIOSL-SPI, que se encargaría de elaborar direc-

Si el capital extranjero, por las especiales condiciones en que debe desenvolverse (recelos de todo tipo) cuida, en general, de aplicar con exquisita exactitud toda la normativa vigente en materia laboral, incluso -en muchos casos (160)- aplicando normas más estrictas

tivas para un programa común de investigación. En una resolución adoptada en octubre de 1.971 por las internacionales profesionales adiliadas a su organización europea, la CMT expresa aproximadamente los mismo temores. En la resolución se propone el lanzamiento de una amplia campaña de información entre los trabajadores, así como una acción sindical internacional cuya finalidad sea lograr que los progresos técnicos realizados por las empresas multinacionales beneficien al conjunto de la sociedad. Se recomienda a todas las organizaciones adiliadas a la Organización Europea de la CMT que adopten las estructuras y los medios de acción necesarios para movilizar a los trabajadores y a sus representantes, tanto en las empresas como en cada rama de actividad, y se sostiene que corresponde a las organizaciones sindicales velar por la defensa efectiva de los intereses de los trabajadores empleados en las empresas multinacionales. La resolución invita a las organizaciones internacionales a hacer todo lo posible por fomentar el control democrático efectivo de las empresas multinacionales y la influencia directa de los trabajadores en la política de esas empresas. La resolución pide la cooperación de todos los movimientos sindicales democráticos europeos, y también que las internacionales profesionales estudien el problema de las empresas multinacionales".

Como escribe TURNER (Las Sociedades multinacionales, cit.; págs. 93 y ss) "con cierto retraso, los sindicatos han descubierto que deben organizarse en una base internacional. Hasta ahora hemos visto como la cambian te naturaleza de las grandes multinacionales está destruyendo el equilibrio de poder entre Gobierno e industria. Si es cierto que determinadas decisiones están colocándose fuera del alcance de los Gobiernos, podemos decir que están quedando mucho más al margen de los sindicatos, cuya arma tradicional -la huelga- está convirtiéndose en un instrumento anticuado. En el pasado, un sindicato nacional podía lanzar, en último recurso, una huelga contra toda una empresa; el equilibrio del poder, aunque normalmente en manos de la empresa, podía verse amenazado así. Hoy, sin embargo, si una empresa tiene solo un 30% de su producción en un país, un sindicato nacional no puede afectar más que el 30% de la empresa; el restante 70%, situado en otras naciones, puede continuar produciendo; e incluso suministrando a los mercados normales de la sección en huelga".

(160) Como ha puesto de relieve el estudio de la OIT, Las empresas multinacionales, cit.; pág. 79.

que las habituales en los países que le acogen ("normas de seguridad más estrictas, jornadas más cortas, prestaciones marginales más sustanciales, sobre todo en materia de seguros de enfermedad, regímenes de jubilación y subsidios para gastos de enseñanza y transportes" (161),

(161) OIT, Las empresas multinacionales, cit., cita como ejemplos elocuentes: "Hacia fines de los años cincuenta y comienzos del decenio siguiente, la Asociación Nacional de Planificación de Estados Unidos (NPA) realizó una serie de monografías sobre determinadas filiales de empresas estadounidenses en el extranjero (y de una empresa canadiense) para tratar de evaluar su contribución en los países de acogida. La política de la General Electric en el Brasil se describía de la siguiente manera: La General Electric tiene por principio observar escrupulosamente todas las obligaciones de la reglamentación nacional en materia de trabajo y previsión social. En la mayoría de los dominios, la empresa supera espontáneamente los requisitos legales mínimos, pues considera que su personal tiene derecho a ventajas mayores o más seguras, que a su vez pueden contribuir a mejorar la productividad del trabajo. En algunos casos, la empresa subsana por sí misma las deficiencias de la legislación oficial. El estudio referido cita, entre otros, los siguientes ejemplos de esa política: Para luchar contra el ausentismo, la GE ofrece a sus obreros y empleados un jornal suplementario por cada semana de asistencia perfecta. Cuando sus trabajadores se hallan en uso de licencia por enfermedad, la General Electric les paga espontáneamente los dos tercios de su salario normal para completar la tercera parte -- que paga la institución gubernamental. Según datos publicados, la filial de la India de una empresa multinacional del aluminio pagaba a los trabajadores los siete días iniciales del "período de espera", que no están previstos en la ley sobre indemnización por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; en un centro minero, la empresa era la única importante que garantizaba un ingreso semanal mínimo. En otro estudio se afirmaba, a propósito de los salarios en Méjico, que según la mayoría de las estimaciones las asignaciones complementarias (primas, subsidios, seguro social y una serie de pagos en especie) oscilan entre el 10 y el 30 por ciento de los respectivos sueldos y jornales. Entre las empresas incluidas en la muestra, las de propiedad mejicana concedían prestaciones adicionales equivalentes por lo común a menos de 15 por ciento del salario y las filiales de empresas extranjeras a más de 25 por ciento. En materia de seguridad social, y a causa precisamente del carácter internacional de sus actividades, la empresa multinacional está sujeta a legislaciones diversas, y sus problemas a ese respecto se complican aún más por el hecho de que puede tener en su plantilla personal del país de origen y ciudadanos del país de acogida. Por lo general, la legislación nacional so-

por otro lado, no dejan tampoco de constituir fuente de tensiones y suspicacias las situaciones de privilegio - de que suele gozar el personal procedente del país de - origen, y que se traducen en unos niveles de vida (162)

bre seguridad social se aplica por igual a las empresas extranjeras y nacionales, y frente a las obligaciones que impone, las empresas multinacionales ni gozan de ventajas (exenciones) ni sufren desventajas (mayores gastos) en comparación con los empleadores locales. Con todo, sus obreros y empleados, además del amparo del régimen nacional de seguridad social, suelen gozar de beneficios complementarios no establecidos por la ley y obtenidos en virtud de convenios colectivos o de disposiciones adoptadas por el empleador (jubilaciones, sumas adicionales a las prestaciones monetarias de enfermedad, etc.). Muy a menudo, esas ventajas forman parte de un verdadero régimen de seguridad social instituido por la propia compañía, aunque no siempre se aplique necesariamente a todo el personal, pues a veces sólo pueden acogerse a él determinadas categorías y quedan excluidos, por ejemplo, las de personal local con menos de determinada antigüedad en la empresa o el personal temporero. En los países industrializados, la mayoría de las grandes compañías, y no sólo las empresas multinacionales, protegen a su personal con medidas de seguridad social que completan las del régimen oficial vigente, y en este sentido unas y otras están en igualdad de condiciones. Puede decirse que, en general, el personal de las grandes empresas goza de derechos comparables en materia de seguridad social, independientemente de la nacionalidad de su empresa. En algunos países en vías de desarrollo, la situación cambia. En primer lugar, los regímenes oficiales obligatorios (pensiones, asistencia médica, asignaciones familiares, etc.) son por lo general de alcance limitado y sus prestaciones modestas. En segundo lugar, las empresas nacionales están menos dispuestas a aplicar sistemas propios o tienen menos posibilidades de hacerlo. Naturalmente, hay excepciones, pero son escasas. De ahí que en los países en desarrollo quienes trabajan en filiales de empresas multinacionales estén comúnmente en mejores condiciones que los demás en lo que a seguridad social se refiere. Se han reunido informaciones sobre otras condiciones de trabajo, aparte los salarios, en las filiales de algunas empresas multinacionales en ciertos países, pero se necesitarían investigaciones mucho más sistemáticas para poder comparar concretamente las prácticas de esas filiales con las de las empresas nacionales." (pág. 79).

(162) Sobre la relatividad del concepto "nivel de vida" y sus múltiples interpretaciones, nos remitimos a DUPUYGRENET-DESROUSSILLES G., Niveau de vie et coopération économique dans l'Europe de l'Ouest, París, 1.962.

distintos a los que -en similares condiciones "formales" de trabajo- disfrutaban los nacionales.

Como conclusión de cuanto hemos indicado - en este apartado, hemos de señalar que es tanta la importancia que se concede a los efectos de carácter social - que producen los movimientos internacionales de capital, que no causa extrañeza alguna al leer que en la Reunión de la OIT en Ginebra (noviembre, 1.972) se propusiese, - entre otros temas, la elaboración de un "Código de buena conducta" para las empresas multinacionales, que reglamentase -de alguna forma- la actividad de las mismas en el plano de lo social, lo que no dejaría de influenciar de alguna forma su actitud ante el aspecto económico de - sus actividades internacionales.

B) Países exportadores de capital.

También en el estudio realizado por la OIT (163) se han puesto de manifiesto algunos de los principales efectos que puede producir en un determinado país la exportación de sus capitales desde el punto de vista de la política laboral, preocupándose fundamentalmente - de las incidencias que acarrea en las oportunidades de - empleo de la fuerza de trabajo nacional.

Un estudio (164) sobre los efectos que sus inversiones en el extranjero acarrearán en el mercado de - puestos de trabajo en los Estados Unidos en los años -- 1.966/70, nos pone de manifiesto que, admitiendo ciertas hipótesis, se pueden alcanzar resultados altamente contradictorios. Así, para algunos, la existencia de empre-

(163) Las empresas multinacionales, cit.; págs. 27 a 46.

(164) NATIONAL FOREIGN TRADE COUNCIL, The impact of U.S. direct investment on U.S., cit.

sas americanas en el extranjero entrañó -en el periodo citado- la pérdida neta de 400.000 a 1'3 millones de empleos, mientras que, según otras hipótesis, el saldo fué netamente positivo al lograr la creación de 500.000 nuevos puestos de trabajo en el propio país.

Frente a la postura mantenida por la Federación Americana del Trabajo y el Congreso de las organizaciones industriales (165), para las cuales, entre las causas fundamentales del deterioro de la situación de los Estados Unidos dentro del comercio internacional (166) debe citarse la "aceleración vertiginosa de las inversiones de firmas en el extranjero" que "han costado empleos a sus ciudadanos (167) cifrados en centenares de miles (168), la Comisión de Emergencia para

(165) Citado en OIT, Las empresas multinacionales, cit.; págs. 28-29.

(166) Razones esgrimidas en favor del argumento son, principalmente, la concesión de licencias, patentes, etc. por Sociedades de Estados Unidos a firmas extranjeras, lo que ha contribuido en mucho a internacionalizar la tecnología y a perjudicar consiguientemente la posición comercial de los EE.UU. OIT, Las empresas multinacionales, cit.; pág. 29.

(167) Podrán decir que, hasta cierto punto, se han exportado empleos nacionales a las filiales al extranjero y se han perdido oportunidades de exportar a países terceros, mientras que aumentaban paralelamente las importaciones de las filiales extranjeras hacia EE.UU., con la consiguiente desaparición de más empleos aún. (OIT, Las empresas multinacionales, cit., pág. 30).

(168) OIT, Las empresas multinacionales, cit.; pág. 30, señala "Un estudio especial realizado en 1.971 por cuenta del Departamento de Sindicatos Industriales de la AFL-CIO sostenía que entre 1.966 y 1.969 se habían perdido 500.000 oportunidades de empleo a causa de las modificaciones por que pasaba el comercio, entre las cuales las exportaciones de las filiales extranjeras de las firmas de Estados Unidos. Esa cifra se había obtenido restando los 200.000 empleos originados por el aumento de las exportaciones del país de los 700.000 que se hubieran necesitado, al cabo de los tres años, para producir mercaderías nacionales en vez de las que habían sido importadas. Como prueba suplementaria de la pérdida de empleos, el presidente de un sindicato de Estados Unidos (International Union of Electrical, Radio and Machine Wor-

el Comercio (169) estableció conclusiones diametralmente opuestas (170) que fueron corroborados por la Cámara de Comercio (171) y que pueden sintetizarse en la afirmación de que las IED en el extranjero no son perjudiciales para los trabajadores de Estados Unidos, sino que, de hecho, pueden ser un factor positivo al estimular el empleo y la actividad económica en el país".

Idénticas cuestiones se suscitan en los países europeos occidentales (172) y parecidas son las conclusiones alcanzadas.

Además la exportación de capital puede producir sus consecuencias sobre la masa laboral en dos precisas direcciones: afectando a la estructura de la fuerza de trabajo e influyendo sobre la readaptación de

kers) sometió hace poco a una reunión celebrada bajo los auspicios de la OCDE un documento según el cual, entre 1.966 y el primer semestre de 1.971, el número de empleos en las fábricas de receptores de radio y televisión de su país había descendido de 169.400 a 131.700, y en la industria de elementos y accesorios electrónicos, de 374.200 a 317.700. El mismo documento citaba el nombre de varias firmas de Estados Unidos que habían anunciado cierres de fábricas y despidos de personal en el país mismo y que simultáneamente comenzaban a producir mercaderías semejantes en el extranjero."

(169) OIT, Las empresas multinacionales, cit.; pág. 33.

(170) OIT, Las empresas multinacionales, cit.; pág. 33, señala: "durante el período de diez años abarcado por la encuesta, las empresas multinacionales de Estados Unidos aumentaron el número de empleos que ofrecían dentro del país (sin contar los añadidos a raíz de adquisiciones) más rápidamente que la empresa fabril media. Su índice de creación de nuevos empleos fué superior en 75 por ciento, aproximadamente, al de todas las demás empresas fabriles".

(171) OIT, Las empresas multinacionales, cit.; pág. 33, señala: "las empresas multinacionales de Estados Unidos aumentaron el número de empleos que ofrecían dentro del país a un ritmo apreciablemente superior (31'1 por ciento) al promedio nacional (12'3 por ciento)".

(172) Nos remitimos a OIT, Las empresas multinacionales, cit.; págs. 35-36.

la mano de obra nacional.

Idénticas cuestiones se suscitan en los países europeos occidentales y parecidas son las conclusiones alcanzadas.

Por lo que se refiere al primer aspecto, la OIT (173) ha puesto de manifiesto que "en términos generales, en los países desarrollados -y la mayoría, - si no la totalidad, de las firmas multinacionales tienen su sede en tales países- el desempleo afecta más gravemente a los trabajadores sin dominio de un oficio ni mayor instrucción, mientras que las posibilidades de empleo siguen ampliándose en el extremo opuesto de la gama de conocimientos generales y profesionales. Este proceso es continuo y representa un perfeccionamiento de la mano de obra a medida que se utilizan tecnologías más avanzadas y que cambian los gustos de los consumidores -a condición, claro está, de que haya suficientes oportunidades de reeducación y de nueva colocación. Los procesos o productos industriales recién inventados que exigen trabajadores muy capacitados y gran densidad de tecnología y capitales, como la construcción aeronáutica, la electrónica y demás, de costumbre permanecen en el lugar en donde fueron ideados y ensayados, mientras que los procesos o productos que requieren mucha mano de obra, pero no tan capacitada, como los métodos de producción en série utilizados en las industrias de artículos de consumo, se pueden trasladar provechosamente a donde los costos sean inferiores. Es lo que sucede sobre todo cuando un proceso de producción se presta materialmente para ser dividido en fases y las fases con densidad de mano de obra se pueden llevar a otro lado. Cuando no se las traslada, a veces se acaba reemplazán-

dolas por procedimientos automatizados. Los trabajadores con pocas calificaciones son entonces reabsorbidos por el mercado en puestos equivalentes o, previa capacitación, en puestos superiores. Este esquema de la manera en que cambia con el tiempo la estructura de la fuerza de trabajo en el país de origen está sumamente simplificado, pero aclara por qué en los países desarrollados surgen constantemente problemas de readaptación, reeducación profesional y reintegración al empleo de los trabajadores que han quedado cesantes como consecuencia del proceso descrito. En los últimos años, con la aceleración de la transformación tecnológica, esos problemas han adquirido mayores dimensiones y complejidad. Los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores han aprendido a superarlos con mayor o menor éxito dentro de cada país, pero cuando la misma situación se presenta por encima de las fronteras nacionales, las dificultades se -- agravan.

Si las mercaderías importadas en el país de origen de la empresa multinacional no compiten con productos nacionales (porque éstos no se fabriquen en absoluto o porque no basten para satisfacer la demanda), el empleo permanece inalterado. Pero cuando sí compiten con ellos, sus repercusiones atañen a los trabajadores y a sus calificaciones, puesto que, por definición, podían haberse producido en el país. Las organizaciones obreras de Estados Unidos se quejan desde hace mucho tiempo de esa forma de competencia en ramas de actividad como el calzado, los textiles, la confección y los aparatos de radio y televisión, pero actualmente conceptúan como amenaza adicional las crecientes importaciones de productos perfeccionados de elevado nivel técnico. Para las organizaciones de trabajadores, la situación se debe a que las empresas multinacionales han difundido rápidamente por el mundo la tecnología de Estados Unidos, la cual, sumada a índices de productividad iguales o apenas inferiores

antes no podían hacerlo, con el consiguiente perjuicio para los empleos y calificaciones del obrero de Estados Unidos. Es pues posible que se estreche la base de la producción industrial del país de origen, y "la pregunta que hacen los sindicatos es si la internacionalización de la producción no va a acelerar la merma de los empleos febriles y, por tanto, disminuir la variedad de puestos y de productos".

También acerca de los efectos que la IE produce sobre la readaptación de la mano de obra, la OIT ha expresado su criterio en los términos siguientes: aunque no se sepa exactamente hasta qué punto las actividades en el extranjero de empresas multinacionales acarrearán una merma neta del total de oportunidades de empleo en el país de origen, o siquiera si tienen esos efectos, se puede afirmar sin temor que sí pueden originar trastornos estructurales en la fuerza de trabajo de determinados sectores de la industria, especialmente si la producción que se realiza con trabajadores sin grandes calificaciones y peones está concentrada en el exterior, mientras que la producción basada en un elevado grado de especialización permanece en el país de la sede (174). Mediante las importaciones que realiza la central de productos elaborados en sus filiales del exterior, puede producirse y de hecho ni ha sucedido en todos los países exportadores de capital- una necesidad de cualificación o de readaptación de la mano de obra nacional, problema que se ha tratado de afrontar acudiendo a diferentes y variados expedientes (175) a través de los denominados "programas de readaptación y ayuda" a la mano de obra.

En la CEE la libre circulación de los traba-

(174) OIT, Las empresas multinacionales, cit.; págs. 37-38.

(175) OIT, Las empresas multinacionales, cit.; págs. 38 y ss.

adores constituye una de las libertades fundamentales consagradas en el Tratado de Roma (art. 48) (176) lo que nos dejará de provocar tensiones y conflictos en los países que exportan capital en mayor proporción -Alemania - Federal, Holanda, Bélgica- que habrán de desembocar en - unas crecientes necesidades de readaptación de su mano - de obra (177).

(176) MEGRET, J., Le droit de la communauté économique européenne, Bruselas, 1.970.

Es preciso observar como en el art. 48 del tratado - de la CEE no se distingue entre trabajadores "cualificados" y "no cualificados" -como lo hace, al contrario, el art. 69 del tratado de la CECA, que alude a la libre circulación de los trabajadores de "calificación confirmada", o el art. 96 del tratado de la - EURATOM-.

Para un estudio pormenorizado de la reglamentación - comunitaria, nos remitimos a BONTEMPS J., Liberté d'établissement et libre prestation des services dans le Marché commun, Bruselas, 1.968; y a MAZZIOTTI M., FOSCHINI M., BLECKMANN A., DUCOULAUX-FAVARD C., VERHOEVEN, La Liberté d'établissement et la libre prestation des services dans les Pays de la CEE, Milán, -- 1.970.

1) A través del Fondo Social Europeo con carácter comunitario (sobre el particular: OIT, Las empresas multinacionales, cit.; págs. 44-45, señala "Dentro de la Comunidad Económica Europea, el eje de la asistencia a los trabajadores para readaptarse es el Fondo Social Europeo. Aunque en 1.958, cuando fué creado, no se le destinó a proteger a los trabajadores perjudicados por la liberalización del comercio o por las actividades de las empresas multinacionales, se puede utilizar ahora con ese objeto. Por ejemplo, la -- "Introducción al informe sobre la evolución de la situación social en la Comunidad en 1.971" señala que -- la evolución del empleo sigue estando determinada -- por diversos factores relacionados en parte con el -- funcionamiento mismo del Mercado Común: entre ellos figuran la intensificación de la competencia internacional originada por la nueva distribución de la mano de obra, ahora en el ámbito mundial, y la creciente influencia que ejercen las empresas multinacionales sobre el mercado del empleo, por sus inversiones, sus pedidos de mercaderías y el lugar donde se radican. El fondo fué renovado por el Consejo de Ministros en 1.971 y empezó a funcionar con su nueva forma el 1º de enero de 1.972. Costeará parte de los -- gastos provocados por la reeducación de los trabajadores, por su reinstalación y por la de sus familias; financiará los subsidios de desempleo y comunicará a los trabajadores las vacantes que haya. Al igual que antes, el Fondo renovado dedicará la mayor parte de sus recursos al desarrollo de las regiones de la Comunidad en que se plantean los problemas más graves

El tema de las condiciones en que se desenvuelven las relaciones laborales ha sido parcialmente --abordado por la OIT en otro documento interesante (178), del que se obtiene una conclusión importante al propiciar que las relaciones profesionales se deben conluir a nivel de grupo económico, con lo cual las consecuencias que se pueden producir en el orden laboral, no pueden dejar de valorarse debidamente (estabilidad de empleo, seguridad social, condiciones de trabajo, igualación de salarios, etc.).

SPIRIDONOVA y CHERKASOVA (179) señalan --que la exportación de capitales puede conducir, en última instancia, a un cierto estancamiento del desarrollo industrial de los países exportadores. Este efecto se -

de desempleo y excedentes de mano de obra. En vez de ser como antes una merca "cámara de compensación", -pasiva, encargada de financiar los programas de perfeccionamiento y readaptación profesional que ejecuten los gobiernos de los Estados Miembros, en lo sucesivo tendrá un papel más activo en la reeducación de los trabajadores cuyo empleo peligre, incluso antes de que lo pierdan. El fondo obrará de dos maneras: 1) ayudará a los trabajadores cuyos empleos puedan estar directamente amenzados por la política de integración de la Comunidad costeando sus gastos de formación y, en ciertos casos, manteniendo los ingresos de los educandos y financiando la readaptación -de los trabajadores cuando sea necesario; 2) junto -con los gobiernos interesados, sufragará los gastos de los períodos de formación y readaptación en las -regiones en que el desempleo estructural no sea re--sultado directo de la existencia de la CEE. También se aprobó el principio de la garantía de ingresos -como parte de la segunda serie de medidas, pero esa faceta del programa no entrará en vigencia inmediatamente. El Consejo de Ministros decidió igualmente que en lo sucesivo la parte empresarial y la parte obrera intervendrían más activamente en el funcionamiento del Fondo") y por medio de programas nacionales en cada país afectado.

(178) Possibilité d'établir, cit.

(179) Rasgos económicos del imperialismo, cit.; pág. 57.

manifiesta en el hecho de que "la burguesía, interesada en lograr ganancias mayores, envía al extranjero la mayor parte del capital acumulado, invirtiendo la menor parte en la economía de su país. Se forman Estados rentistas, que viven a expensas de los intereses del capital exportado. Tales países se rezagan de los otros Estados capitalistas, y son desplazados de los mercados" produciéndose así su retraso con relación al resto de los países desarrollados.

Sección III.- ASPECTOS ECONOMICOS.

Analizar el aspecto económico de la IE, equivale a situar al especialista ante un campo de investigación tan amplio y fructífero como desee, porque existen tantas vertientes importantes en el tema que, seguramente su problema consistirá en deshechar alguna de ellas, ya que cualquiera que sea la elegida en el intento nunca será defraudado su interés.

Existe toda una gama de teorías que tratan de explicar, en términos exclusivamente económicos y dentro de una concepción global de las relaciones económicas internacionales, el fenómeno de la IE, el de sus diferentes modalidades, las relaciones existentes entre -- las mismas, etc.

Desde las ideas vertidas por los economistas neoclásicos (180) hasta las explicaciones dadas sobre el comportamiento de las empresas multinacionales en su estrategia operativa, con toda la variada gama de criterios basados en la "imperfeción del mercado" como matriz de tantos desarrollos científicos (181), la IE --en cuanto flujo de capital-- ha sido observada y analizada -- desde muy diferentes ángulos, sin que tampoco en éste -- punto se haya alcanzado, ni mucho menos, un consenso generalizado.

(180) Los economistas neoclásicos fundamentaron la teoría de los flujos internacionales de capital, basándose en las "diferencias de tipos de interés" o "margen de beneficio", que incentiva el movimiento de los países con menores perspectivas a otros con mayores posibilidades, porque en éstos últimos, el capital es escaso, lo que produce precisamente esa diferencia en el beneficio esperado.

(181) Un compendio interesante de todas éstas ideas puede verse en ACOCELLA N., Imprese multinazionali e investimenti diretti, le cause dello sviluppo; Milán, 1.975; Cpts. 3 y ss. (págs. 57 y ss).

Pero igualmente es apasionante para el historiador el fenómeno de la IE. La investigación sobre la evolución histórica o histórico-política seguida por el hecho económico del que nos ocupamos, pondría de manifiesto la concomitancia que existe, o existió en muchos casos, entre los acontecimientos políticos y el fenómeno de la inversión exterior, así como su mutuo condicionamiento al constituirse, alternativamente, en causa o motor los unos de los otros.

Desde la perspectiva del jurista, puede parecer superfluo el examinar el lado económico del fenómeno de la IE. Entendemos que tal idea sería equivocada, -- porque el investigador del Derecho no debe, en su tarea, olvidarse de la realidad en la que alcanzan su verdadero sentido y dimensión las normas jurídicas que trata de analizar. Considerar la "ley" como un ente abstracto, desconectado de su causa --es decir, de la realidad social subyacente (182)--, puede conducir, de hecho creemos que conduciría siempre, a obtener un resultado de escasa o nula trascendencia práctica.

La IE, como se escribió en la Introducción, es un fenómeno mundial de singular trascendencia. Por --ello, quedaría incompleta nuestra exposición si no aludiéramos, aunque brevemente, al sustrato económico, fundamental, que constituye su propia entraña. Además, al igual --que sucede con los aspectos políticos y sociales, la aplicación de la norma jurídica requiere, en éste caso, un conocimiento de la interpretación económica y de las circuns

(182) Que no es otra que "los intereses materiales, nacionales, religiosos y éticos que luchan dentro de una comunidad jurídica" (IHERING, cit. por CASTRO, Derecho civil, cit.; Tomo I, pág. 454). Nos remitimos --también a HERNANDEZ GIL A., "Las direcciones metodológicas en la Ciencia del Derecho y la consideración de la realidad social", en Rev. General de legislación y jurisprudencia; Madrid, 1.944; tomo 165, págs. 601 y ss.

tancias históricas, en que el "hecho" regulado se inserta (183). De ahí que, con la exposición que sigue hayamos pretendido lograr un doble objetivo: reconocer el fundamento y las características económicas de la IE, y matizar uno de los principales elementos que, siendo extra-jurídico por su propia esencia, puede llegar a influenciar en un cierto porcentaje el conocimiento de la regla de Derecho.

Las referencias históricas que añadimos, --pretenden completar el panorama que el investigador debe reconocer como entorno del específico objeto al que dedica su atención.

1. La explicación económica del hecho de la IE.

Con la sencillez y claridad que caracteriza toda su obra, el Profesor TINBERGEN (184), después de señalar como "el sistema económico mundial está integrado por un gran número de sistemas económicos nacionales, --los que, en algunos aspectos, son independientes entre --

(183) Como apunta LEVY-BRUHL (Sociología del Derecho; Buenos Aires, 1.964, págs. 39 y ss.) los factores económicos, políticos y culturales influyen sobremedura en la concepción de las normas jurídicas y en su aplicación. Pero el jurista no debe olvidar ni el método histórico ni el estadístico, en sus investigaciones. A través del primero conoce los momentos en que los hechos ejercen su influencia en el Derecho y extrae sus consecuencias de ello; el "tiempo social" y no el tiempo astronómico, es lo que tiene en importancia. Por medio del instrumento estadístico, obtendrá gran número de informaciones respecto a puntos concretos objetos de su investigación. La estadística descubre al jurista lo que cada institución representa en la vida social, en la comunidad en que se aplica.

(184) La cooperación económica internacional; Madrid, 1.952, págs. 13 y ss. El Profesor TINBERGEN obtuvo el Primer Premio Nobel de Economía en 1.969, compartiendo el galardón con el noruego RAGNAR FRISCH.

— sí, y en otros, interdependientes" y que "en cada uno de éstos sistemas económicos nacionales se realiza una producción, con la ayuda de los tres llamados factores de la producción: naturaleza o tierra, trabajo y capital" — manifiesta que pueden concebirse las dos siguientes posibilidades de intercambio económico entre las naciones: — 1) cambio de productos contra productos — tráfico comercial normal— (185) y 2) transferencia de los factores de producción que, a su vez, puede adoptar éstas tres modalidades: a) de personas: migración (186); b) de tierra — (cambios territoriales) (187) y c) de capital, exporta—

— (185) BARRE, Economía Política, cit.; Tomo II; págs. 457 y ss. Dentro del concepto genérico de "Comercio internacional" se deberá incluir las llamadas "operaciones invisibles" que se refieren a campos tan diferentes como el turismo, los transportes, seguros, transferencias de patentes, emisiones bancarias, — gastos de publicidad, etc.

— (186) La transferencia de población se efectúa de ordinario por la vía pacífica de corrientes migratorias — salvo la excepcionalidad que supone la anexión de territorios poblados por parte de un país (consecuencia casi siempre de victorias militares); vgr.: Estonia, Letonia, Lituania y parte de Polonia, por Rusia y territorios alemanes por parte de Polonia en la última guerra mundial. Como ha puesto de relieve ROGERO-FOSSATTI (I movimenti internazionali, cit.; pág. 91), en el periodo — precedente a la primera guerra mundial el desarrollo vertiginoso de la IE se produce gracias, tanto a la transferencia de capital como a los movimientos migratorios que en aquellas épocas se produjeron, — ya que se calcula más de 60 millones las personas — que, entre 1.820 y 1.930 se trasladaron desde Europa hacia otros nuevos territorios, principalmente a América. Por lo que se refiere a éste fenómeno en — lo que afecta a España, nos remitimos a GARCIA FERNANDEZ J., La emigración exterior de España, Barcelona, 1.965; NADAL J., La población española (siglos XVI a XX), Barcelona, 1.966; SIGUAN M., "Emigración y desarrollo económico en España" en Rev. Arbor, nº 19, 1.964.

— (187) De ordinario los cambios territoriales se producen como consecuencia de desmembraciones y anexiones — surgidas de una guerra. Recordemos el reparto de Polonia en 1.792 entre Rusia, Prusia y Austria y en — 1.939 a favor de Alemania y Rusia y la desmembración de Alemania en favor de Rusia en 1.945, o de los territorios de Alsacia y Lorena a favor de Francia — (1.919).

No obstante, excepcionalmente, se pueden citar algu

-ción e importaciones de capitales.

Situándonos desde una perspectiva económica, la principal transferencia de factores de producción es, sin duda, la de capital. Pero éste traspaso puede -- responder a dos exigencias: a una obligación adquirida -- por vía coercitiva (vgr.: pago de indemnizaciones por -- causa de la guerra) (188), o bien a libre y espontánea -- voluntad de proceder al transvase de bienes-capital en-- tre países. Solamente, partiendo de ésta última conside-- ración nos colocamos correctamente para analizar el tema desde un punto de vista estrictamente económico.

El hecho de la IE no puede explicarse, co-- mo es lógico, con los mismos criterios económicos según se trate de países exportadores o importadores de capi-- tal y, en éstos últimos, tampoco cabe asimilar a las co-- munitades desarrolladas con las que luchan por salir de su situación de subdesarrollo.

Esta cuestión ha sido objeto de análisis -- tanto desde el punto de vista de la economía internacio-- nal, como por la teoría del desarrollo de la empresa y -- del sistema económico, y por la política económica. Las

nos ejemplos, en que la transferencia del factor -- tierra se ha producido por medios pacíficos. Así la desaparición del Estado independiente del Congo por el Tratado de Bruselas de 28-XI-1.907 y el de Corea por el Tratado con el Japón de 22-VIII-1.910. Tam-- bién es el caso de los territorios de Alaska, vendi-- dos en 1.867 por el Zar de Rusia Alejandro II a los Estados Unidos (siendo Presidente Andrew JOHNSON; -- Presidente destituido por medio del "impeachment" -- en 1.868) en la cifra de 7.200.000 dólares. Una in-- terpretación política de tal acaecimiento -- estimán-- dola una maniobra conjunta ruso-americana contra In-- glaterra-- se analiza en la obra de Alberto FANCIONE LLI, Historia de la Rusia contemporánea; Mendoza -- (Argentina) 1.954.

(188) Sobre éste punto, nos remitimos a SCHLOGEL M., Les relations économiques et financières internationa-- tionales, Paris, 1.972, pág. 52.

- explicaciones dadas, desde cada ángulo, han sido frecuentemente fragmentarias, y de ahí que, al igual que en el aspecto jurídico, las conclusiones alcanzadas no hayan sido precisas ni coherentes.

Desde el punto de vista de los países exportadores de capital, las explicaciones teóricas sobre el tema son abundantes y responden a los más encontrados criterios y concepciones ideológicas.

La teoría neoclásica -entre cuyos principales mantenedores pueden ser citados BALDWIN (189), ONIKI y UZAWA (190), MUNDELL (191), MILLER (192)- fundamenta los flujos internacionales de capital en razón a las diferencias que existen entre los tipos de interés en los diferentes países (193). Como en el mundo neoclásico, tipos de interés y tipos de beneficio deben ser iguales en cada sistema, el tipo de utilidad a recibir según cada país determina que el capital se desplace de unos a otros. El capital se transferiría, de ésta manera, desde el país con un tipo de beneficio más bajo a otros donde fuera más elevado. Respecto a las causas que dan lugar a éstas diferencias de "tipos de beneficio", la mayoría de los autores admiten que se produce por la diferencia de dotación relativa de capital que se produce entre los diferentes sistemas: el tipo será elevado en aquellos países en que el capital sea relativamente escaso, y bajo en los que exista abundancia de capital.

Entroncada en la idea anterior, algunos -

(189) "Export Technology and development from a subsistence level", en Rev. Economic Journal, marzo, 1.963.

(190) "Patterns of trade and investment in a dynamic model of international trade", en Rev. Economic Studies, enero, 1.965.

(191) "International Trade and factor mobility", en Rev. American Economic, junio, 1.957.

(192) "A general equilibrium theory of international capital flows", en Rev. Economic Journal, junio, 1.968.

(193) Recoge esta doctrina las ideas expuestas por los teóricos de la economía clásica, sobre el concepto de la productividad marginal del capital (RICARDO, S. MILL).

autores -como HYMER (194) y KINDLEBERGER (195)- acen-
tuan el carácter de imperfección que impera en las re-
laciones económicas internacionales, en los mercados
internacionales, y señalan como la transferencia del
capital se opera en razón a que el exportador -empre-
sa- trata de obtener una ventaja derivada de aquella
circunstancia. Como observa ACOCELLA (196), esta teo-
ría parte de la consideración de que existen obstácu-
los en la actividad internacional de las empresas, so-
bre todo por los problemas de comunicación que surgen
en cada caso en el que se deba operar en centros dis-
tantes entre sí; las operaciones nacionales son, por
tanto, preferidas a las internacionales. En éstas con-
diciones, para que una empresa sea inducida a inver-
tir en el extranjero, no parece suficiente la existen-
de una simple diferencia positiva entre el tipo de be-
neficio corriente en el exterior y el interno, toda-
vez que tal diferencia podría no compensar los costos
y riesgos adicionales a la actividad económica en el
extranjero. La empresa puede considerar conveniente -
invertir en el exterior si, además de obtener tal di-
ferencia de utilidad, tiene la posibilidad de lograr
una ventaja superior que la que obtienen las empresas
concurrenciales, en una medida tal que compense los -
costes y riesgos adicionales y la coloque en situa-
ción de competir con éstas últimas. Las imperfeccio-
nes de los mercados internacionales (materias primas,
tecnología, etc.) pueden dar lugar a que existan ven-
tajas particulares para esta empresa exportadora del
capital, que le permitan realizar una tasa de benefi-
cio más elevada respecto a aquellas otras que no po-
sean tales ventajas, ni puedan adquirirlas sobre los
mercados internacionales. La inversión en el exterior
se plantea como una cuestión de oportunidad que, ante
posiciones desiguales producidas por las imperfeccio-
nes del mercado, origina naturalmente el desarrollo -
internacional de la empresa.

ALIBER (197) presenta un nuevo desarrollo de

-
- (194) The international operations of national firms. A -
study of direct foreing investment (tesis, no publi-
cada; cit. ACOCELLA, Imprese multinazionali, cit.,
pág. 56).
- (195) American Business Abroad. Six lectures ou direct in-
vestment; New Haven, 1.969.
- (196) Imprese multinazionali, cit.; págs. 58-59.
- (197) A theory of direct investment, en la obra colectiva
dirigida por KINDLEBERGER, The national corporation;
Cambridge, 1.969.

la idea anterior, a la que entronca con la existencia de "áreas monetarias" y "aduaneras" en el sistema económico internacional. La distribución geográfico-industrial de las IE reflejaría las dimensiones de los países en los que se puede efectuar la inversión, el valor de la tecnología, el nivel de los derechos de aduanas, los costes particulares de la producción en el extranjero, las diferencias de apreciación de las distintas monedas, etc. La valoración diferencial de todas estas circunstancias, constituirá la causa de las transferencias de capital.

La teoría del "ciclo del producto" como explicación del fenómeno de la IE, ha aparecido recientemente como una respuesta a las dudas que suscitaron las ideas ya esbozadas, y ha sido expuesta de modo general y coherente por VERNON (198), haciendo referencia, por una parte, al proceso temporal de introducción y perfeccionamiento de las innovaciones, a los efectos de las economías de escala y externas, a la existencia de incertidumbres y falta de información y, por otro, a la existencia de "diferenciales" de costo y de tipos de beneficios entre los varios países. La situación de desarrollo en que se encuentran los diferentes sistemas productivos (volumen y distribución de su renta; nivel de tecnología; estructura de la producción y la demanda), y las diferencias de costos y tasas de beneficio, derivadas de las circunstancias descritas, constituirían la fuerza que impulsa las transferencias del capital de unos países a otros.

El análisis de la "estrategia de la gran empresa oligopólica", en el ámbito de la economía internacional, ha sido otro de los fundamentos con los que la doctrina (199) ha intentado explicar la exportación de capital por parte de los países desarrollados. La IE se entendería como el instrumento más útil con que cuenta la gran empresa, para mantener la estrategia de su posición preeminente en el mercado, tanto con relación a uno o varios países determinados, como considerando la radicación en los mismos de otros grupos económicos preponderantes.

Pero no todas las explicaciones de la doctrina se han movido en las direcciones señaladas. Los autores marxistas, es decir, los que aplican al estudio

(198) Citado por ACOCELLA, Imprese multinazionali, cit.; - págs. 89 y ss. Seguimos a éste autor en la exposición del texto.

(199) HYMER S., Direct foreing investment and international oligopoly, 1.955, cit. por ACOCELLA, Imprese multinazionali, cit.; págs. 103 y ss.

de la economía, los métodos y el acerbo conceptual de Marx, también han expresado sus opiniones sobre un fenómeno que les preocupa hondamente. Y con diferentes matices, ésta doctrina -representada fundamentalmente por los escritos de Rosa LUXEMBURGO, HILFERDING, LENIN y BUJARIN, y más reciente por DOBB y SWEEZY- pretende explicar el fenómeno de la IE partiendo de la necesidad en que se encuentra todo sistema económico en fase de "madurez", de saltar el marco de sus propias fronteras con objeto de lograr que en los países subdesarrollados se incremente la renta de su población, con la finalidad de buscar una demanda suplementaria que alimente la tasa de beneficios que la gran empresa es incapaz de incrementar contando tan solo - con el mercado de su propio país. La concentración capitalista, de carácter monopolístico, engendra enormes excedentes de capital, y su desarrollo está impedido por la imposibilidad de elevar el nivel de vida de las masas, porque ello engendraría -dice LENIN -- (200)- la disminución del beneficio del capitalista. De ahí la imperiosa necesidad de "salir al exterior". Esta necesidad de traspasar los límites del sistema nacional, también viene impuesta -en el análisis de BUJARIN (201)- por la propia competencia que cada empresa encuentra en su propio país, y por las posibilidades que los países más atrasados pueden ofrecer de -- una tasa superior de beneficio y que puede proceder o del insuficiente desarrollo de su producción o de la utilización de factores (mano de obra) infravalorados. El régimen de monopolio, la formación del capital financiero (202) y la concurrencia entre los propios capitalistas, les impele a la IE, que se produce, no solo en dirección a los países subdesarrollados, sino - incluso los desarrollados entre sí. El tema de la IE se presenta, en las teorías marxistas, en último término como una nueva forma de perpetuar las situaciones colonialistas, sojuzgando a los países que, formalmente, alcanzaron su independencia política (203).

Si la cuestión se estudia desde el punto de vista de los países importadores del capital, el fenómeno-

(200) El imperialismo, etapa suprema del capitalismo; Buenos Aires, 1.920; cap. VIII, págs. 133 y ss.

(201) Economia mondiale e imperialismo; Roma, 1.966; págs. 190 y ss.

(202) En el análisis hecho en 1.910 de HILFERDING, el capital financiero se produce cuando se da una estrecha simbiosis entre el capital bancario y el capital industrial (IP capitale finanziario; Milán, 1.961).

(203) Nos remitimos a BARRATT BROWN M., La teoría económica del imperialismo; Madrid, 1.975; págs. 47 y ss.

no presenta, naturalmente, otros matices.

Tratándose de países receptores desarrollados, la aceptación del capital exterior entra dentro de las "reglas de juego" de la libertad económica. Las tasas de rendimientos, la amplitud de los mercados, la diversificación geográfica, los costes de producción, las diferencias de trato fiscal, etc. constituyen, entre -- otros, factores sobre los que se asienta la propensión a transferir capital entre naciones industrializadas (204).

Si nos situamos en la perspectiva de las comunidades subdesarrolladas (205), el tema adquiere matices bien distintos que merece la pena subrayar, aunque -- sea muy brevemente. Con esto tratamos de completar la panorámica económica que presenta la IE desde el punto de vista de su fundamentación doctrinal.

Como escribíamos hace tiempo (206) nadie -- puede negar hoy en día que el fin esencial que persigue la política económica en los países tercermundis-

(204) Nos remitimos a BOURRINET J., Les échanges internationaux (pays industrialisés; Paris, 1.971) y SCHLOEGEL, Les relations économiques, cit.; págs. 335 y ss. (donde expone muy claramente las condiciones en que se produce el movimiento recíproco de IE entre Europa y USA.

(205) Sobre el concepto de países subdesarrollados, nos remitimos a LACOSTE Y., Els països subdesenvolupats, - Barcelona, 1.963. En las págs. 9 y ss. examina las características del subdesarrollo, concretándolas en la siguiente enumeración: 1) Insuficiencia alimenticia; 2) Escasos resultados agrícolas; 3) Escasa renta nacional media y bajos niveles de vida; 4) Industrialización reducida; 5) Escaso consumo de energía mecánica; 6) Una situación de subordinación económica; 7) El sector comercial hipertrofiado; 8) Unas estructuras sociales atrasadas; 9) Escaso desenvolvimiento de las clases medias; 10) Escaso grado de integración racional; 11) Importante desocupación; 12) Bajo nivel de instrucción; 13) Fuerte crecimiento demográfico; 14) Estado sanitario defectuoso; 15) La toma de conciencia de las realidades de la situación en su conjunto.

(206) "El régimen fiscal de la inversión mobiliaria", en - Rev. Economía Financiera Española; Madrid, 1.969, nº 29; pág. 87.

tas y asimilados se condensa en dos palabras con categoría de mito: "desarrollo económico". Ha puesto de relieve DAUPHIN-MEUNIER (207) que una abundante literatura ha surgido sobre el tema, siendo difícil encontrar algún manual o tratado de ciencia económica de los últimos veinte años que no aluda al mismo, y en boca de políticos y sociólogos encontramos como meta principal de sus aspiraciones de mejora social el desarrollo económico de los pueblos (208).

No cabe desconocer que las preocupaciones por el desarrollo económico de los pueblos nacieron y se desarrollaron bajo el impulso de la ideología marxista y de las nuevas realidades económicas surgidas, sobre todo, a raíz de los últimos procesos de emancipación política acaecidos en el siglo presente.

Los economistas clásicos (Ricardo, Stuart Mill, etc.) no se ocuparon de estudiar éste tema y sus desvelos se dirigieron fundamentalmente a la investigación de las tendencias conducentes a un estado estacionario de la población y la riqueza que no alterase la situación existente. Es más, puede decirse que la doctrina económica moderna hasta principios del siglo actual no se había detenido en la teoría del desarrollo económico porque, como apunta DOBB (209), más de medio siglo antes de la segunda guerra mundial seguía teniendo concentrada su atención en las llamadas condiciones de equilibrio estacionario (lo que, en suma, venía a discutirse era si la competencia perfecta producía un resultado ideal u "óptimo" o no). Incluso los hitos intelectuales de los años treinta se interesaban, principalmente, por las causas de la desocupación y las fluctuaciones económicas.

Hemos de reconocer que fué MARX el teórico que, con sus nuevas concepciones sobre el régimen capitalista y su crisis final, puso inconscientemente en movimiento toda la temática del crecimiento económico, aunque ésta, para alcanzar su importancia y expansión actual había de dejar transcurrir bastantes años y debía ser espoleada por los espectaculares logros que en los planos ideológico y material consi

(207) DAUPHIN-MEUNIER A., Le jeu de l'épargne et de l'investissement, cit.; pág. 11.

(208) Sobre el particular nos remitimos a NEGHANDI A.R., - The foreign private investment climate in India; cit.; 1.966; págs. 1 y ss.; PINO-SANTOS O., Problemas económicos del Tercer Mundo y estrategia de los países no alineados; Méjico, 1.976, págs. 49 y ss.

(209) DOBB M., Capitalismo, crecimiento económico. subde-

— guieron las teorías marxistas.

En dos premisas basa MARX sus ideas sobre la crisis final del capitalismo. Por una parte, como con secuencia de la anarquia intrínseca del sistema de -- producción capitalista, las crisis económicas adquieren una frecuencia extraordinaria lo que implica desocupación y aumento en el número de proletarios con bajos niveles de renta que repercuten en el proceso consumo-producción. Por otro lado, la continua propensión a la concentración de capitales, inherente a la necesidad de regular el proceso productivo, implica una centralización de poder dentro del capitalismo en general que "significa un control político más fuerte y estrecho sobre la sociedad y la política gubernamental. De éste modo el Estado pasa a expresar, no solo los intereses del capitalismo, y de los capitalistas como un todo, sino también los intereses de los grupos monopólicos predominantes dentro del capitalismo, promoviendo los intereses de éstos últimos, aunque -- sea a expensas de otras secciones de capitalistas" -- (210). A medida predisminuye el número de los potentados capitalistas --ha señalado un autor francés (211)-- que usurpan y monopolizan todos los beneficios de éste periodo de evolución social, aumenta la miseria, -- la opresión, la esclavitud, la degradación, la explotación. Pero también aumenta la resistencia de la clase obrera, cada vez más numerosa y mejor disciplinada, unida y organizada por el propio mecanismo de la producción capitalista. El monopolio del capital ha llegado a ser un obstáculo para el sistema actual de producción, que ha crecido y prosperado con él y gracias a él. La socialización del trabajo y la centralización

— (210) DOBB, Capitalismo, crecimiento económico y subdesarrollo, cit.; pág. 47. Apunta éste autor que en vísperas de la segunda guerra mundial, el Senado de -- los Estados Unidos designó una comisión especial para que hiciera una investigación sobre lo que se ha llamado "la concentración del poder económico" y -- dos investigadores americanos muy conocidos (BERLE y MEANS) encontraron que, para el periodo de entre guerras, aproximadamente una mitad de toda la riqueza empresarial no bancaria del país estaba entonces controlada por 200 Sociedades, y que éstas Compañías gigantes habían estado creciendo 2 ó 3 veces más rápidamente que las otras Sociedades. Estos investigadores lo resumieron diciendo: "el crecimiento de la moderna corporación ha traído consigo una concentración de poder económico que puede competir en condiciones de igualdad con el Estado moderno ... y es posible que el futuro presencie su superación como -- forma dominante de organización social" (págs. 47 y 48).

(211) DEVILLE G., El capital (trad. castellana); Buenos Aires, 7ª ed. 1.966. á . 221

de sus resortes materiales, han llegado a un punto en que no pueden ya encerrarse en el molde capitalista, que está próximo a romperse. La hora postrera de la propiedad capitalista ha sonado ya (212).

Ante ésta apocalíptica premonición marxista, en parte ya cumplida, los economistas de nuestro siglo pusieron todo su empeño en la transformación del rígido sistema capitalista clásico, a través de la puesta en acción de soluciones que atemperasen los defectos de aquel y coadyuvasen eficazmente a la transformación de las viciadas estructuras socio-económicas existentes. Tal meta debía lograrse a través de una coherente política económica cuyas directrices fundamentales miraban a la aceleración del crecimiento económico en general (213).

Además de las preocupaciones ideológicas fué la evolución que experimentó en los últimos 200 años la actividad económica el segundo gran impulso que determinó la preocupación por el desarrollo económico (214).

Antes de llegarse al capitalismo, nos dice DOBB (215), las sociedades eran relativamente estacionarias en lo que se refiere a la forma en que obtenían medios de subsistencia. Estas sociedades fundamentalmente agrícolas (excepto unas pocas artesanías que eran las suministradoras de las clases dirigentes

(212) Sobre el mismo argumento: CURTET-JAQUES, La agonía del capitalismo; Barcelona, 1.931.

(213) Una crítica somera de la postura marxista puede verse en PALLADINO G., Teoría del desarrollo económico; Madrid, 1.969 (págs. 201 y ss.: El equivoco de la perspectiva del comunismo sobre el fin del capitalismo).

(214) HELLER J. y KAUFFMAN K.M., (Incentivos fiscales para el desarrollo industrial; México, 1.965) señalan que en el pasado, solo un grupo relativamente reducido de países experimentó y llegó a esperar un mejoramiento continuado en las condiciones materiales de vida de su población. Sin embargo, desde el final de la segunda guerra mundial, la esperanza de un progreso importante en éstas condiciones se ha convertido en una poderosa fuerza política y social en muchos países, cuyas energías económicas han estado inactivas durante largos años y cuyo progreso material ha sido relativamente retardado. Como resultado de éstas expectativas nuevamente despiertas, los gobiernos y los pueblos de todo el mundo están aceptando la idea de que su progreso material es un objetivo fácilmente alcanzable (pág. 1).

(215) Capitalismo, crecimiento económico y subdesarrollo, cit.; pág. 86.

y personas a su servicio), cambiaban muy poco en el transcurso de los años, salvo para la constante alteración de temporadas buenas y malas y en las incidencias de la guerra y las plagas; con esto no se quiere decir, naturalmente, que éstas sociedades estuvieran libres de conflictos y tensiones internas y, por tanto, desconocieran el cambio, sino que la escala temporal en que se operaban estos cambios era muy amplia, al menos en comparación a lo que nos hemos acostumbrado a registrar a lo largo de los dos últimos siglos - (216).

A partir del siglo XVI los caracteres esenciales de la vida económica se modifican y éste - siglo llega a ser, bajo el efecto de múltiples influencias, "dinámico y trepidante", "móvil y progresivo" - (G. PIROU) (217), conociendo los países de Europa occidental una etapa de florecimiento comercial y financiero hasta entonces nunca lograda (218), fruto principal en lo material del esfuerzo español en la recién descubierta América; en lo político, de la formación de los grandes estados modernos y en lo espiritual, del cambio de mentalidad operado como consecuencia de las ideas renacentistas y protestantes (219).

Como consecuencia de ésta rápida expansión comercial surge la necesidad, en pleno siglo XVIII, de la creación industrial que alimente las necesidades cada vez mayores que el mercado demanda. Y entonces nace la investigación al servicio de la producción industrial. En 1.733 KAY inventa la lanzadera volante que -

(216) Nos remitimos a BARRE R., Economía política; Barcelona, 3ª ed., 1.964; Tomo I, págs. 73 y ss.

(217) Citado por BARRE, Economía política, cit.; Tomo I, pág. 75.

(218) Se abren notas comerciales, se crean y multiplican las sociedades por acciones (Cía. holandesa de las Indias orientales, 1.602; Cía. inglesa de las Indias orientales, etc.) y florecen por doquier Bancos (Amsterdam, 1.608; Inglaterra, 1.694; Escocia, etc.) y Bolsas (Amberes, 1.531; Japón, etc.).

(219) Existe el ejemplo de CALVINO y sus duros ataques a la prohibición de los préstamos con interés. SOMBART (citado por HELLER W., Diccionario de economía política; Barcelona, 3ª ed., 1.969; pág. 72) - dió el nombre de "protocapitalismo" al incipiente capitalismo de la Edad Antigua y el de "precapitalismo" al sistema ya más desarrollado de la Baja Edad Media, que constituye el precursor más inmediato del capitalismo clásico.

imprime mayor celeridad a la tejeduría del algodón - (220) y por la misma época DARBY hace factible la -- utilización de la hulla en la industria siderúrgica (1.735) al tiempo que WATT inventa la máquina de vapor (1.769), que había de revolucionar profundamente el sentido de la producción dando lugar al nacimiento del "maquinismo" y con él, a la etapa capitalista cuyo hito inicial se coloca precisamente en éstas fechas, conocidas bajo el nombre de la "Revolución industrial" (221). El cambio técnico continuo y la acumulación de capital representan los pilares sobre -- los que surgió el sistema económico capitalista (222), cuya caracterización ha sido objeto de controversias

(220) Es la industria textil -industria de base- la que goza de éstos primeros adelantos técnicos. La hilatura de algodón se moderniza con la invención por Hargreaves de la spinning jenny (1.765), Arkwright crea la waterframe (1.767) y Crompton la mule jenny (1.779), así como de la introducción del vapor, en 1.785, por obra de Cartwright.

(221) NEF (citado por BARRE, Economía política, cit., Tomo I, pág. 78) rechaza tal denominación para el período que transcurre entre 1.735 y 1.785, otorgándole el calificativo de "estado progresivo" porque durante ellos tan solo se gestó el progreso industrial que al término de los mismos habría de producirse. La "Resolución industrial" propiamente dicha se vendría a situar entre 1.785 y 1.825. Indica DEANE (La primera revolución industrial; Barcelona, 1.968; págs. 8/10) que el comienzo de dicho período se sitúa por la generalidad de la doctrina hacia 1.780. Un interesante estudio sobre el tema en ASHTON T.S., La revolución industrial; México - (2ª ed.), 1.973.

(222) Como dice DOBB (Capitalismo, crecimiento económico y subdesarrollo, cit.; págs. 27-28) el cambio decisivo no hubiera podido producirse como resultado -- exclusivo de innovaciones técnicas. La prontitud -- entre los primeros capitalistas (a menudo, con pequeños capitales iniciales) en adoptar éstas innovaciones técnicas y adaptarlas a las exigencias de la producción y el mercado, al igual que la rapidez con que otros las extendieron, dependían de la maduración de una serie de desarrollos previos que tuvieron lugar a lo largo de un gran intervalo de tiempo. Uno de los pre-requisitos era la existencia de una clase de hombres acostumbrados a emplear su capital en el comercio y la industria, aunque -- fuera en pequeña escala. Otro requisito era la -- existencia de capitales mercantiles significativos, capaces de extender el crédito y de abrir salidas comerciales.

Sobre éste mismo tema de los orígenes del capitalismo, nos remitimos a VILAR P., Crecimiento y desarrollo; Barcelona, 1.964; págs. 139 y ss.

(223), deducidas, en muchas ocasiones, de la diferencia de rasgos y matices que existen entre sistemas económicos que, genéricamente denominados capitalistas, presentan marcados rasgos distintivos.

Si admitimos con HELLER (224) que el sistema capitalista reporta enormes ventajas, sobre todo en relación con la energía que constituye la libre iniciativa privada y el automatismo del sistema, hemos de convenir en que también presenta grandes inconvenientes: los principales son las prácticas de concentración y de monopolios, que han venido siendo siempre los compañeros del capitalismo, con todas sus consecuencias, frecuentemente nocivas, y la irregular distribución de la renta nacional, muchas veces en --

(223) Para LENIN el capitalismo es la producción de mercancías en su estadio mayor de desarrollo, cuando la misma fuerza de trabajo se ha convertido en una mercancía. MARX lo conceptúa como un modo de producción, en el cual los medios para realizarla pertenecen a los capitalistas.

Desde otras perspectivas, GARRIGOU-LAGRANGE (Sistemas y estructuras económicas; cit.; pág. 327) nos señala que se trata de "un sistema económico en el que, trabajo y capital, factores de la producción, son suministrados por aportadores distintos y en el cual, por lo demás, los proveedores de capital disponen de una cierta preeminencia con respecto a los proveedores de trabajo"; HELLER (Diccionario de economía política, cit.; pág. 72) designa como tal una forma de organización económica, social y jurídica que posibilita un predominio del capital en el sistema. Nosotros entendemos la noción como un sistema económico de producción en el que los medios para conseguirla poseen un alto grado de concentración y son preponderantemente de propiedad privada, constituyendo sus rasgos esenciales: a) la libertad económica (traducida en libertad de mercado, trabajo, empresa, etc.); b) afán de lucro, como objetivo de toda la actividad económica; c) papel directivo del capital y d) articulación cada vez más amplia de los factores técnicos de la producción. JEANNENEY ("Economía política", cit.; págs. 45-46) expone los rasgos constitutivos del capitalismo: 1) los medios físicos de producción son propiedad de individuos, solos o asociados; 2) un gran número de trabajadores son asalariados por éstos propietarios; 3) los propietarios de los medios de producción están animados por el deseo de incrementar los beneficios monetarios que de ellos obtienen e, igualmente, los trabajadores desean aumentar los ingresos en moneda que obtienen por su trabajo, bajo forma de salario o beneficio y 4) entre los medios de producción se hallan máquinas capaces de producir grandes cantidades de un mismo producto, lo que implica la existencia de vastos mercados.

(224) Diccionario de economía, cit.; pág. 73.

desacuerdo con los principios sociales imperantes en el momento.

Si el nacimiento de industrias tan básicas como la automovilística y la aeronáutica y la utilización masiva de nuevas fuentes de energía (petróleo, electricidad) marcaron, en los comienzos de nuestro siglo, el punto álgido de la era capitalista-industrial (la "segunda revolución industrial" la denominó SCHUELLER), las graves convulsiones económicas (secuela de las crisis de 1.929 y ss.), políticas (cambio de regímenes políticos, división ideológica del mundo) y sociales (radicalización lucha - clases; fortalecimiento de movimientos sindicales) - originados como secuela de la última guerra mundial, han producido una transformación del sistema que para intentar su supervivencia ha desembocado en lo -- que actualmente se denomina "neo-capitalismo" (225).

Transformar las actuales estructuras socio-económicas haciéndolas más acordes con la justicia, según demanda el bien general (226), requiere una búsqueda infatigable de nuevos caminos para el logro de tales objetivos. Inicialmente los esfuerzos se dirigen, en los países subdesarrollados, a -- buscar fórmulas útiles para obtener lo que se califica como el "desarrollo económico" de la comunidad, -- término identificado con un "proceso mediante el -- cual se transforma una economía cuyo ingreso por habitante tiene una tasa de crecimiento pequeña o negativa, en una economía en la cual el ingreso por persona tiene una tasa significativa de incremento sostenido como una característica permanente a largo plazo" (227) o como un aumento de la producción to--

(225) Sobre éste nuevo sentido del capitalismo, nos remitimos: GARRIGOU-LEGRANGE, "Sistemas y estructuras", cit.; págs. 33 y ss. ("Los nuevos caminos del capitalismo") y "Le trasformazione dell capitalismo" en Revista Internazionale di Scienze Economiche e Commerciali, Milán, diciembre de 1.961; SCHUMPETER, "Capitalisme, Socialisme et Democratie" (ed. en lengua - francesa) París, 1.951; pág. 163.

(226) CERDA T., Trabajo y capital según las doctrinas de León XIII y Pio XI; sin fecha, Madrid. ARIAS CUERO, Doctrina social de la Iglesia, Barcelona.

(227) Tal es el concepto suministrado por Irma ADELMAN, - después de reconocer la dificultad que entraña la - elaboración de una definición adecuada de desarrollo económico ("Teorías del desarrollo económico", 2ª edición; Méjico, 1.965; pág. 11). HELLER, (Diccionario de economía política, cit.; págs. 113 y 145) y PERROUX (L'economie du XX siècle, Paris, 1.961) - distinguen las nociones de "desarrollo" y "crecimien

tal del sistema consecuencia de cambios en la estructura de la producción y en la distribución sectorial de los factores productivos (228).

Cuando históricamente se acrecientan las preocupaciones por el desarrollo económico, los diferentes países -o mejor, territorios- se encuentran clasificados en alguna de las dos categorías que se establecieron en base a una serie de indicadores gene

to" económico; el primero se caracteriza esencialmente por el aumento de la población y de los recursos disponibles; el segundo por un incremento de tales recursos más que proporcional al aumento de la población. HICKS U. ("La financiación del desarrollo", Barcelona, 1.967; pág. 11) entiende como equivalentes ambos términos asimilándolos al logro de un crecimiento real de la renta por habitante. PASSET (Politiques de développement, París, 1.969; págs. 2 y ss.) distingue entre crecimiento, desarrollo y próspero económico. Sobre el concepto y significado del desarrollo económico nos remitimos a: OKUN B. y RICHARDSON R.V., "Desarrollo económico, concepto y significado", Bilbao, 1.963. Pero a nuestro entender la noción del desarrollo económico no puede desconocer los aspectos sociales de la cuestión y, en consecuencia, precisa conjugar el incremento general de los indicadores económicos (renta nacional, producto real medio, consumo global, etc.) con un cambio de las estructuras sociales que tiendan a crear un adecuado clima de convivencia social, soporte del propio crecimiento económico. Por ello, y sin pretender profundizar más en la cuestión, consideramos el "desarrollo económico" como un proceso que abarca dos vertientes bien definidas pero inseparables: por un lado procura el incremento constante de ciertas magnitudes económicas y, por otro, la adecuada composición de las estructuras socio-económicas que implica una justa distribución de la renta y una superior utilización de los recursos del sistema. Así ha podido decir HICKS (La financiación del desarrollo, cit.; pág. 30) que "el desarrollo económico tiene un aspecto social y otro redistributivo, así como también, un aspecto económico". Por ello NURSKE señala como colofón de un magnífico trabajo (Problemas de la formación del capital, Méjico, 2ª ed., 1.960): "hemos llegado a un campo de consideraciones sociológicas más bien que económicas, y me detendré en el límite de éste terreno. No debe extrañarnos el haber llegado hasta él, porque el adelanto de los países atrasados es mucho más que un problema de economía". BOUDEVILLE (Les programmes économiques, París, 1.963; pág. 23) afirma que no puede existir desarrollo sin modificación de estructuras ... debiendo integrarse la noción con cambios sociales y de mentalidad. Sobre el concepto que analizamos puede verse DIFENIZIO P., Economia Politica (Le Leggi dell'economia), Introduzione Generale; Milán, 1.957; págs. 88 y ss.

ralmente admitidos (niveles de renta, ahorro y consumo "per capita"): países desarrollados y subdesarrollados (229).

Con carácter general se citan dos -- causas fundamentales como origen de las desigualdades aludidas: el colonialismo y la innovación. Mientras -- los países imperialistas gozaron del potencial económico que les suministraban sus territorios coloniales, -- éstos, paralelamente, se empobrecían, lo que se tradujo en una acción negativa en orden a su promoción económica, evitándose cuidadosamente su desarrollo como -- un medio más de perpetuar la hegemonía sobre ellos. La innovación, fruto del poderío económico y del grado superior de cultura, transformó las estructuras de los -- países colonialistas y les acrecentó con nuevas posibilidades en orden a su propio desarrollo económico.

Cuando, principalmente por causas políticas, se acelera el proceso de emancipación de las colonias surge como primer objetivo de las nuevas naciones obtener, en el más breve periodo de tiempo posible, el máximo de desarrollo de sus capacidades económicas.

Todo proceso de desarrollo consta de dos etapas perfectamente diferenciadas (230): en el pe

(229) En un informe de las N.U. (E/3395/Rev. 1: La asistencia económica internacional a los países menos desarrollados; N. York, 1.961) leemos que "se definen como regiones insuficientemente desarrolladas aquellas que están integradas por todos los países y territorios de Africa, América, Asia y Oceanía, con excepción de la Unión Indoafricana, Canadá, EE.UU., Japón, Australia y Nueva Zelanda. Esta definición se ajusta bastante al concepto de incluir entre las regiones insuficientemente desarrolladas a aquellas que están constituidas por todos los países y territorios cuyo ingreso anual per capita es inferior al del promedio mundial. Las discrepancias más frecuentes de una definición de éste tipo son las que se refieren a la inclusión, como insuficientemente desarrolladas de varios países de la Europa meridional ... Parece conveniente prever que la definición sea modificada periódicamente para tener en cuenta el diferente ritmo de crecimiento tanto del ingreso per capita como de la población en todo el mundo, y los cambios consiguientes en la composición del grupo de países cuyo ingreso per capita es menor al promedio mundial. Otro perfeccionamiento consiste en clasificar a los países, dentro de las regiones insuficientemente desarrolladas, en distintos grupos que varían según el carácter de su desarrollo insuficiente calculado con arreglo al ingreso per capita (pág. 40).

(230) PALLADINO (Teoría del desarrollo económico, cit.; -- págs. 57 y ss.) alude a las siguientes etapas o perio

cola tiende a disminuir produciéndose fundamentalmente una transferencia del ahorro generado en el "sector primario" (agricultura, pastoreo, bosques, caza y pesca) a las industrias claves del "sector secundario" (minería, construcción, industria y producción de energía) a través de la acción del Estado (generando "ahorro forzoso") o de las instituciones del sistema financiero. En la segunda etapa ("madurez"), el crecimiento económico se convierte en "acumulativo"; el sector primario pierde su importancia anterior en favor del "secundario" y del terciario o de "servicios" (en la terminología ya clásica de COLIN CLARK), debiendo producirse -si el proceso es correcto- una remodelación de las estructuras socio-económicas en el sentido a que nos hemos referido con anterioridad (231).

dos en el desarrollo económico de un país: 1º) fase de ruptura con la sociedad tradicional; 2º) fase de preparación o de formación del capital mercantil y del capital social; 3º) fase de la industrialización; 4º) fase de la madurez económica; 5º) fase de la producción de masa o del consumo; 6º) fase de integración de la economía mundial.

- (231) Señala BARRE (Economía política, Tomo I, cit.; pág. 95-96) que el progreso económico se caracteriza por el desplazamiento progresivo de la población activa, desde la agricultura hacia los sectores de la industria y de los servicios. La agricultura entra rápidamente en la fase de los rendimientos decrecientes; alcanza su máxima productividad con pocos hombres y abundante capital. La formación de nuevo capital implica un desplazamiento de la mano de obra hacia el sector secundario donde la productividad es más elevada. A la creación de industrias de bienes de consumo, sigue la creación de industrias de bienes de inversión estableciéndose un equilibrio entre estos dos tipos de actividades. Pero el desarrollo de la productividad y de la renta per capita va acompañado de una modificación en la demanda de bienes: el consumo, cuando la adquisición de bienes secundarios alcanza un límite se desplaza hacia los productos y servicios terciarios. Por el contrario la demanda de productos y de servicios terciarios es sumamente estable: hay, según la expresión de Jean Fourastié, "deseo ardiente, individual y colectivo, de productos y servicios terciarios". Según los cálculos de Colin Clark la renta real producida por trabajador en los Estados Unidos hacia 1.937 era de 700 dólares en la agricultura, 1.800 en la industria y 2.760 dólares en las actividades terciarias. Tal es la evolución señalada en 1.691 por sir W. Petty, que se manifiesta en todas las economías que se desarrollan. Podemos dar numerosos ejemplos de tales transferencias de población activa. Han sido especialmente notables en Estados Unidos. Por lo demás, Colin Clark ha hecho observar que los países que poseen la renta per capita más elevada son aquellos cuyas actividades en

UU. podemos afirmar que el desarrollo económico de cada país, en los últimos años, se ha inspirado en una serie de normas o directrices (de obligado cumplimiento o no) emanadas de los órganos de Gobierno ("planes de desarrollo") y que intentan encontrar solución a los múltiples problemas que entorpecen el crecimiento y cuyo origen puede o no encontrarse en el propio sistema (232).

Cualquiera que sea la concepción del "plan" donde lo hubiere (233) y los presupuestos fác-

el sector de los servicios ocupan a la mayor parte de la población activa.

Sobre los diferentes aspectos del proceso de desarrollo económico puede verse la Rev. de Economía Política, mayo 1.953-diciembre 1.954, que inserta interesantes trabajos sobre la cuestión.

(232) Nos remitimos a O.N.U., Planificación del desarrollo económico; New York, Doc. A/5533/Rev. 1; 1.963. Sobre las modalidades históricas del desarrollo económico nos remitimos a BARRE R., El desarrollo económico; México, 5ª ed., 1.973; págs. 58-120 (distingue entre crecimientos "espontáneos" y "planificados", "cerrados" y "abiertos", clasificándolos de ésta segunda forma en base al papel que juegan los movimientos internacionales de hombres y capitales).

(233) Es natural que la concepción del "plan" dependa esencialmente de la estructura socio-económica de cada país. En los países de economía central planificada, las concepciones son diametralmente opuestas a las de sistemas de empresa privada, pero en ambos casos el fin es idéntico. En los países del bloque comunista los principales medios de producción pertenecen y son administrados por el Estado o las cooperativas, debiendo ajustarse las empresas, no a las condiciones del mercado, sino al plan nacional establecido coactivamente. En los países occidentales, las empresas se rigen en su actuación por las condiciones del mercado, debiendo el planificador intentar regularlas de forma tal que los sujetos económicos cumplan, consciente o inconscientemente, las previsiones de aquel.

Pero, ciñéndonos a los países de economía capitalista, hemos de convenir con DEL OLMO, La Financiación estatal como factor de la planificación indicativa; Madrid, 1.963; pág. 25., que todos los gobiernos no se encuentran de acuerdo en la elección del método a seguir para planificar el desarrollo económico, existiendo diversos países que conjugan simultáneamente sistemas distintos con tal finalidad. No obstante, el procedimiento que mayor aceptación ha logrado es el denominado de "planificación indicativa" (bonito eufemismo inventado por la agudeza intelectual francesa, como ha escrito FIGUEROA en el prólogo a la obra de DEL OLMO) que confía a la iniciativa privada un papel primordial. En éste sistema el Estado no ab

ticos donde no exista, es lo cierto que en un punto se produce evidente unanimidad: una de las fuerzas principales que sirven para iniciar o impulsar el desarrollo económico de un país es la "acumulación de capital". - El "capital" (234) constituye el "motor del desarrollo" y por ello, desde tiempos de A. SMITH los trabajos sobre su formación y acumulación han gozado de especial atención tanto por parte de los economistas clásicos - (RICARDO, MILL, MARX) como de los contemporáneos (KEYNES, DUESENBERY, SCHUMPETER, etc.).

Como ha puesto de relieve NURSKE (235) en las discusiones sobre el problema del desarrollo -- económico, una frase que surge con frecuencia es ésta: "el círculo vicioso de la pobreza". Generalmente se le

dica de su posición rectora, pero no vincula en sus planes a la iniciativa privada, sino que procura encauzarla y dirigirla utilizando para ello múltiples resortes a su alcance (política monetaria, crediticia, fiscal, etc.) con objeto de que complemente su propia actividad.

(234) El concepto de "capital" como factor económico no deja de prestarse a cierta confusión. PAGE A., ("Economie Politique", 2ª ed., Paris, 1.968; pág. 65 y ss.) señala que la actividad económica tan solo se puede desarrollar gracias a la acumulación de "factores instrumentales" de los cuales surgió la noción de capital. El lenguaje ordinario consideró como capital toda "fuente de renta": un bien cualquiera que exista en un tiempo determinado. Esta fuente de servicios se puede presentar bajo dos aspectos: a) en su esencia profunda, es un bien material que en razón a su naturaleza y empleo presta servicios que pueden ser apreciados por sí mismos (en "natura") o en cuanto puedan ser evaluados en moneda: capital real; b) en base a ciertas instituciones y prácticas, ésta realidad primera puede estar enmascarada por apariencias inmateriales que adquieren vida propia: capital nominal. Este último puede, a su vez, ser considerado como "capital jurídico" (conjunto de valores negociables que producen o pueden producir una renta y está constituido por los derechos, sobre bienes o personas) o "capital contable" (conjunto de valores monetarios, representativos del capital técnico de una empresa que se deprecia necesariamente con el tiempo, y que se mantiene intangible por la práctica de la amortización). El capital técnico puede ser clasificado en circulante y fijo, distinción que tiene interés tanto desde el punto de vista del cálculo de los costes de producción, como de la afectación técnica del capital. HELLER (Diccionario de economía, cit.; págs. 66-67) define el capital como un conjunto de recursos heterogéneos (bienes materiales, equipos, productos intermedios, dinero, títulos de crédito) y reproducibles, cuyo empleo permite por medio de un rodeo en la producción aumentar la productividad del trabajo humano.

(235) Problemas de la formación del capital, cit.; págs. 13 y ss.

trata como algo obvio, demasiado obvio para que valga la pena examinarlo, pero ello -a pesar de todo- requiere una explicación. Supone una constelación circular de fuerzas que tienden a actuar y reaccionar una sobre la otra en tal forma que mantienen al país pobre en un estado de pobreza. Tal vez las relaciones circulares más importantes son las que afligen la acumulación de capital en los países económicamente atrasados.

La dicotomía entre demanda y oferta, tan cara a los economistas, ha escrito el mismo autor, es aplicable plenamente a las fuerzas que rigen la -- acumulación del capital. Por ello "la oferta de capital se rige por la capacidad y deseo de ahorrar; la demanda de capital se rige por los estímulos para invertir. Existe una relación circular en ambos lados - del problema de la formación de capital en las zonas empobrecidas del mundo (236).

"Del lado de la oferta está la poca - capacidad de ahorro, que resulta del bajo nivel del - ingreso real. El escaso ingreso real es un reflejo de la baja productividad, que a su vez se debe en gran - parte a la falta de capital. La falta de capital es el resultado de la poca capacidad de ahorro, y así el -- círculo es completo" (237).

(236) NURSKÉ (Problemas de formación de capital, cit.; - pág. 14) nos indica que "el capital no lo es todo. Aparte de las relaciones circulares que gravitan - sobre el problema del capital, hay, desde luego, - cuestiones de origen unilateral que pueden mantener pobre a un país; por ejemplo, la falta de recursos minerales, agua insuficiente o suelos áridos. Algunos de los países más pobres del mundo hoy día, lo son en parte por esas razones. Pero en todos ellos la pobreza es también atribuible en cierta medida a la falta de un adecuado equipo de capital, que - puede deberse tanto al escaso estímulo a invertir como a la poca capacidad de ahorro".

(237) NURSKÉ, Problemas de formación, cit.; pág. 14 y -- añade que "del lado de la demanda, el estímulo a - invertir puede ser bajo a causa del escaso poder de compra de la población, que se debe a su reducido ingreso real, lo que a su vez es atribuible a la baja productividad. Sin embargo, el bajo nivel de productividad es resultado de la pequeña cantidad de capital empleada en la producción, que a su vez puede obedecer, al menos parcialmente, al pequeño estímulo a invertir. El bajo nivel de ingreso real, que refleja la baja productividad, es un punto común a ambos lados. Generalmente se hace hincapié - sólo en la dificultad que existe del lado de la oferta. Esta es una dificultad ciertamente obvia y grave, y algunos aspectos de la misma serán tratados a fondo más adelante. Pero el posible obstáculo --

El capital -agente esencial del crecimiento económico en la sociedad industrial contemporánea (238)- se forma por la afectación a la producción de bienes-capital-fijo (es decir, de bienes que intervienen sin que sea afectada su estructura técnica por su utilización en sucesivos procesos productivos) de una fracción de renta, denominada "ahorro" -- (239). Precede a toda formación de capital un acto de ahorro efectuado con el propósito de realizar una operación de inversión (240).

En los países altamente industrializados suele producir un "exceso" de ahorro que, de cualquier forma, ha de invertirse. Cuando las tasas de -- "beneficio" esperadas en otros países superan las perspectivas de aquellos, se puede producir un transvase de ahorros de unos a otros, lo que genera un flujo de ingresos "marginales" a la cuota de ahorro nacional.

Ello equivale, cuando de naciones subdesarrolladas se trata, a tomar en consideración un nuevo elemento, y muy eficaz (241), con vistas a romper

del lado de la demanda, una vez que se descubre, - es también bastante obvio, aunque puede no ser tan grave, ni tan difícil de remover, como la deficiencia en la oferta".

Un sucinto, pero atinado análisis, de la teoría sobre el "círculo vicioso de la pobreza" puede encontrarse en BARRE R., El desarrollo económico; México, 5ª ed., 1.973; págs. 43 y ss.

(238) DAUPHIN-MEUNIER, Le jeu de l'épargne, cit.; págs. 13 y ss.

(239) El ahorro aparece -en la noción de PRADEL (L'épargne et l'investissement; cit.; pág. 13)- como "una supresión a un posible consumo".

(240) Si falta ese "animus" se ha aludido a la existencia de un "ahorro falso"; así PRADEL P.M., "Un mécanisme fondamental du déséquilibre; la fausse épargne" en Rev. "Economie Politique", 1.951; nº julio-agosto. Nos remitimos a CHANDAVARCAR A.G., El ahorro y el desarrollo, en Rev. Selecciones del Ahorro Internacional (Confederación Española de Cajas de Ahorro), Madrid, 1.972, nº 4 (Diciembre), págs. 43 y ss.; y HOFBAUER E., Ahorro y desarrollo económico, en Rev. Rev. Selecciones Ahorro Internacional, cit.; 1.973, nº 3 (julio-agosto), págs. 309 y ss.

(241) Concluye NURSKE (Problemas de formación, cit.; pág. 153) estimando que los fondos extranjeros pueden acelerar el proceso y hacerlo menos arduo, menos violentamente desgarrador desde el punto de vista social, y con menores probabilidades de producir formas depóticas de gobierno. Todo esto se reconoce ampliamente ... pero, sin embargo, debemos rechazar la noción común de que el capital extranjero es una espe

el círculo de su pobreza. He aquí, muy resumidamente, el importante papel que la IE (242) juega en el desarrollo económico, y bien se comprenderán las a veces "dramáticas" situaciones que ello comporta para las naciones que precisan de su concurso.

Los efectos que produce, en el conjunto de un determinado sistema económico, la "adición" de nuevas inversiones cuya fuente (ahorro) es externa al propio sistema, son importantes y han sido ampliamente analizados tanto por la doctrina económica (243) como en documentos oficiales (244), efectos que, en determinados supuestos, pueden influir en un conjunto de países más ó

cie de panacea. Como señala BROWN A.J., Introducción a la economía mundial (Madrid, 1.960; págs. 179 y ss.) el capital extranjero ha jugado siempre en mayor o menor entidad un papel importante en el desarrollo de la economía de un país. Acerca de la influencia de la IE sobre el objetivo "crecimiento económico" y las polémicas suscitadas a su alrededor, nos remitimos a GAMIR L., "IE y crecimiento económico", en Rev. Inf. Com. Esp., nº 506, octubre 1.975, págs. 41 y ss.; contiene una amplia reseña bibliográfica sobre la cuestión (pág. 52) que también puede encontrarse en NEGANDI, The foreign private investment climate in India, cit.; pág. 3.

(242) Hemos de convenir con ABAD ARANGO (Tecnología y dependencia, en Rev. Trimestre económico, México, 1.973, nº 158, pág. 381) que "la IE implica mucho más que simples movimientos de capital de un país a otro; en realidad la IE debe mirarse como un paquete compuesto de capital, métodos de gerencia y tecnología".

(243) Pensemos en el "efecto multiplicador" que produce la inversión sobre la demanda global y el efecto que inversamente produce ésto sobre la propia inversión (principio de "aceleración"). Sobre éste punto nos remitimos a DAUPHIN-MEUNIER; Le jeu de l'épargne, cit.; págs. 112 y ss.; REUBER G. (y colaboradores) - (Private Foreign Investment in Development, cit.; págs. 149 y ss.) han puesto de manifiesto los efectos que las inversiones extranjeras provocan en la producción, comercio, empleo y productividad, así como en la transferencia de tecnología, en los países receptores.

(244) La ONU trata de la incidencia de las IE en la "balanza de pagos" de los países que la reciben (Les sociétés multinationales et le développement, cit.; págs. 58 y ss.).

menos ligados entre sí (245). No es éste el lugar adecuado para examinarlos con mayor detenimiento y, por eso, - tan solo los dejamos apuntados con la idea de poner de - manifiesto la intrínseca importancia que presentan los - numerosos aspectos económicos de la cuestión principal - objeto de nuestro análisis; importancia que incuestiona- blemente se acrecienta ante las consideraciones ya expues- tas acerca del "papel" que puede y debe jugar la IE como elemento coadyuvante al crecimiento económico de los paí- ses poco desarrollados.

COLOMES (246) siguiendo las ideas - de MANUALI (247) establece un cierto paralelismo entre los efectos positivos y negativos que la IE puede com- portar para los países receptores.

Al examinar la cuestión desde el -- punto de vista financiero, señala cinco apartados en los que se manifiesta, especialmente, tal paralelismo:

1) Las IE provocan en el país receptor un aumento de la masa de disponibilidades, que se verifica a tres diferentes niveles:

a) Para los particulares, la implantación - de nuevas industrias se traduce en la -- creación de nuevos empleos, lo que se -- traduce en fuente de recursos suplementa- rios. De ordinario -según expusimos ante- riormente- las firmas extranjeras prac- tican a menudo una política de salarios elevados susceptible de ejercer un efec- to estimulante sobre las industrias con- currentes nacionales;

b) para las empresas, la aportación de nue- vos capitales les puede permitir la su-- pervivencia, su desarrollo, la investiga

(245) Nos referimos, por ejemplo, al conjunto del sistema monetario internacional. Sobre éste particular, nos remitimos a ONU, Les sociétés multinationales et le developpement, cit.; págs. 65 y ss.

(246) Le droit de l'établissement, cit.; págs. 269 y ss.

(247) La France face à l'implantation étrangère; Paris, -- 1.967.

ción y fabricación de nuevos productos, la apertura de mercados, etc.;

- c) para el Estado, ya que las IE se traducen en un crecimiento a corto plazo de recursos para el Tesoro en divisas, así como el aumento de la recaudación fiscal, consecuencia de las nuevas actividades ejercitadas en el país.

Pero, por el contrario, la aportación de divisas provocada por las IE puede constituir un "riesgo de inflación", tanto en el interior de cada país como sobre el plano de la masa mundial de medios de pago:

- a) los países que acogen la IE tienen una tendencia grande a atesorar las divisas que proceden de tal fuente, y a bloquear las ventas por los inversionistas, -- con lo que se produce un fortalecimiento de éstas últimas a las que se otorga, de hecho, un régimen preferencial. Está demostrado que los países que acogen IE se encuentran, en ciertos casos, financiando una parte de éstas inversiones, en una porción igual al monto de las reservas en divisas que ellos mantienen como reservas líquidas. La moneda del país que invierte se encuentra, en consecuencia, elevada al rango de patrón monetario internacional en la misma condición que el oro (el mejor ejemplo es el dólar americano).
- b) Toda inversión en el extranjero se encuentra contabilizada dos veces, en una cuenta acreedora en el país inversionista (créditos en el extranjero) cuyo saldo tiene la posibilidad de negociar, y en una cuenta deudora en divisas en el país que acoge la IE (créditos extranjeros).

- 2) Las IE constituyen, a menudo, un factor de equilibrio de la balanza de pagos a corto y medio plazo gracias a la aportación de divisas en que aquellas se traducen. Esta aportación puede compensar un déficit de la balanza comercial.

Pero las cargas financieras de las filiales extranjeras (pago de intereses, deudas, dividendos) y la repatriación de divisas que aquellas implican pueden entrañar un riesgo de déficit de la balanza de pagos a largo plazo.

- 3) Las IE son un factor de equilibrio de la balanza -

- a) por la disminución de las importaciones, en la medida en que las nuevas unidades productivas permitan satisfacer los deseos de un mercado nacional que, con anterioridad, se aprovisionaba en el extranjero;
- b) por el aumento de las exportaciones, en la medida en que las industrias extranjeras puedan hacerlo (248).

Pero por contra, en éste mismo campo, las IE pueden representar un riesgo de deficit de la balanza comercial, fundamentalmente cuando las mismas son efectuadas bajo la forma de bienes de equipo importados o de patentes, o también en el caso de que la filial extranjera se aprovisione ulteriormente de una forma más o menos exclusiva de bienes de equipo o de primeras materias en su país de origen o en otro país extranjero.

- 4) Las empresas extranjeras pueden coadyuvar a estimular y sostener el mercado bursátil.

Pero, por el contrario, existe un riesgo de "switch", riesgo bursátil de liquidación de títulos poseídos por las filiales extranjeras en el país destinatario de la IE, fundamentalmente en periodos de dificultades políticas, económicas o monetarias en tales naciones, y de transferir su importe a otros países juzgados como más seguros.

- 5) Las IE representan un factor de equilibrio de la balanza tecnológica, sobre todo en los casos de simples adquisiciones de participación que permiten a las firmas nacionales procurarse capitales suplementarios indispensables para el mejoramiento de sus procesos de fabricación y la adaptación al progreso técnico al que se encuentra, a menudo, ligada directamente su rentabilidad e, incluso, su existencia, así como propugnar una revalorización de la investi

(248) Como pone de relieve el mismo COLOMES (Le droit de l'établissement, cit.; pág. 271), en ciertos casos, los países extranjeros deciden utilizar sus filiales como plataformas de exportación, a fin de aprovechar las ventajas que se deducen por pertenecer los países donde la inversión se produce a zonas económicas que les permite un ulterior desarrollo. Tal es el caso de las filiales americanas implantadas en cualquier país de los países de la CEE.

gación nacional (aumento de los presupuestos que a ello se dedican) y de suscitar la exportación de técnica (licencias, marcas, Know-how, etc.).

Pero también las IE pueden representar un riesgo de desequilibrio de la balanza tecnológica como consecuencia de la costumbre que pueden adquirir ciertas firmas nacionales a solicitar ayuda extranjera, y de preferir a la investigación nacional la compra de tecnología extranjera, acentuando así el retraso de la investigación nacional insuficientemente estimulada.

2. Las principales categorías económicas de IE. Referencia a su evolución histórica. Interpretación jurídica.

En el capítulo anterior, al tratar de las clasificaciones -desde el punto de vista económico-financiero- de las modalidades de IE, nos referíamos a algunas que gozan, por su contenido y efectos, de una singular consideración desde el punto de vista económico. Concretamente las IE a corto, medio y largo plazo, porque -desde el punto de vista del sistema económico de un país son las que, prescindiendo de cualquiera de las múltiples variedades que puedan revestir, causan un mayor impacto en sus engranajes.

De hecho, las IE a medio y largo plazo -se estudian por los economistas plenamente identificadas como una sola modalidad. Las IE a corto plazo merecen un trato diferenciado. Y así lo haremos nosotros.

A) IE a corto plazo.

Un análisis independiente de las operaciones de IE a corto plazo, diferenciándolas de los llamados "movimientos de capital" de la misma consideración, no parece que sea difícil, pero tampoco se ha intentado. La razón parece obvia, pensando en que en las "IE a cor-

to no se produzca la situación típica de la IE en general, es decir, la inserción del capital exterior en el sistema económico, con la finalidad de coadyuvar a su mejor desarrollo y actividad. Se trata, de ordinario, de operaciones pasajeras, fugaces, que persiguen en muchas ocasiones, como veremos, finalidades muy alejadas de la idea de inversión y que, a veces, revisten un carácter esencialmente especulativo.

Bajo la rúbrica de "movimientos de capital a corto plazo", se incluyen todas las transferencias que afectan a las reservas en oro y en divisas de un país, así como todos los créditos o préstamos de vencimiento inferior a seis meses.

Las causas que originan éstos movimientos a corto plazo son numerosas, ya que se han intentado explicar (249) o como operaciones completamente normales complementarias de las transacciones del comercio internacional (que pueden formalizarse bajo la forma de una moratoria o plazo concedido por el exportador, o un descubierto en Banco o, simplemente, un crédito documentario) (250); o bien en razón a las tasas de rendimiento que se esperan obtener en un determinado país (importador) se presentan más elevadas que en otro (exportador) (251); o, simplemente, por causas tales como la posibili

(249) Como lo hace MARCY, Economie Internationale, París, 1.965, págs. 446-7.

(250) ROGERO-FOSSATTI (I movimenti internazionali, cit.; págs. 12-13) ha puesto de relieve éstas operaciones presentan aspectos muy positivos sobre todo para las empresas de los países en vías de desarrollo que no tienen fácil acceso a otras fuentes crediticias exteriores, y logran de ésta manera la obtención, mediante un procedimiento cómodo y simple, los fondos necesarios para sus adquisiciones en el extranjero.

(251) Estos movimientos de capital se pueden realizar bajo la forma de "operaciones swap" (compra al conta

dad de una devaluación monetaria, o el temor a un bloqueo de los depósitos extranjeros (252), o, simplemente, como meras operaciones de especulación sobre monedas o valores extranjeros (253).

Los movimientos de capital a corto plazo han sido clasificados a su vez de diferentes formas. - BARRE (254) alude, como principales, a las dos siguientes:

a) Los movimientos igualadores o equilibradores, que están ligados a la situación de la balanza de pagos corrientes (255). Un país -nos dice BARRE- que tiene un déficit en la balanza de pagos corrientes puede cubrirlo con un pago en oro, o con un préstamo a corto --plazo de los Bancos extranjeros. Ligeras modificaciones --del tipo de descuento bastan para atraer éstos capitales a corto plazo y reducen la necesidad de los movimientos --

do de divisas extranjeras combinada con una venta a plazo), la compra de documentos de crédito cifrados en moneda extranjera, de Bonos del Tesoro extranjeros o, incluso, de valores mobiliarios extranjeros con el decidido propósito de revenderlos al poco tiempo.

(252) En los periodos de inestabilidad monetaria mundial -1.929 a 1.938 y últimamente, 1.973 a 1.975- los capitales flotantes han buscado refugio en los países, o en los signos monetarios, que han considerado más seguros, dando lugar a notables movimientos perturbadores de las balanzas de pagos y de los --mercados de cambios. Nos remitimos a MARCHAL J., -Le systeme monetaire international, cit.

(253) Estos movimientos de capital se efectuan entre países con monedas estables y en mercados financieros muy desarrollados (New York, Londres, París, Bruselas, etc. ...). Sobre éste particular, nos remitimos a SCHLOGEL M., Les relations economiques et financieres, cit., principalmente en las págs. 190 y ss. (Les places financieres internationales); MENAIS G.P., Relations monetaires internationales, financieres et economiques; París, 1.971; págs. --247 y ss.

-- (254) Economia política, cit.; Tomo II; pág. 547.

(255) Una clara explicación de éstos términos, puede encontrarse en VEREDA J., Economia Internacional, Madrid, 1.974; págs. 198 y ss.

b) los movimientos autónomos, o desequilibradores, que provocan un déficit en la balanza de pagos. Se pueden producir como consecuencia de temores, incertidumbres o pérdida de confianza con relación a la situación porque atraviesa un determinado país. A propósito de los mismos se alude al "hot money" (256) (moneda - caliente, capital flotante) y, precisamente, para luchar contra estos movimientos especulativos de capital, se -- adoptaron --sobre todo a partir de 1.930-- los "controles de cambios", mecanismo al que hacemos otras referencias en diferentes pasajes de éste trabajo.

La influencia de estos movimientos de capital sobre la balanza de pagos ha sido objeto de cuidadoso análisis por parte de la doctrina, principalmente -- anglosajona (257), que ha puesto en evidencia los innume-- rables peligros que, una aceptación incondicionada de -- los mismos, puede producir en la situación monetaria de

(256) CRUMP N., The ABC of the foreign exchange; Londres 1.971 (3ª ed.); págs. 379 y ss. ("Hot money and Central Bank Cooperation").

(257) Entre otros cabe citar, por la originalidad de sus concepciones, a MEADE J.E., The Theory of International Economy Policy, Vol. I: The Balance of Payments, Oxford, 1.951; MACHLUP F., Maintaining and Restoring Balance in International Payments, Princeton, 1.966; KINDLEBERGER, International Economics; cit., págs. 347 y ss.; MUNDELL R.A., "The -- appropriate Use of monetary and Fiscal Policy for -- Internal and External Stability" en I.M.F. Staff -- Papers, marzo, 1.952; págs. 70 y ss., y también, -- International disequilibrium and the adjustment -- procers, en la obra colectiva dirigida por J.H. ADLER, Capital movements, Londres, 1.970; págs. 441 y ss. BERSTEIN E.M., "Statement in International -- Payments Inbalances and Need for Strengthening International Financial Arrangements", en Hearings before the Subcommittee on International Exchange and Payments Join Economy Committee, U.S. Congress; mayo 1.961, págs. 107 y ss.

los países receptores (258) y los posibles recursos que pueden utilizarse para soslayarlos ó, cuando menos, reducirlos (259).

Mientras para algún autor (260) no cabe identificar los términos "IE" y "transferencias de capital" a corto plazo, otros, en determinadas hipótesis, estiman que sería absurdo negar tal asimilación (261). A --

(258) Un elocuente ejemplo lo constituye el que la CEE al tratar de la liberalización de los movimientos de capital entre sus miembros, haya establecido una gradación elocuente entre las diversas modalidades que pueden revestir: a) para las inversiones directas, operaciones sobre valores cotizados en Bolsa, las operaciones de tipo personal, inversiones en inmuebles y créditos a corto o medio plazo conexos a transacciones comerciales o a prestación de servicios: su liberalización es "incondicional" y no puede ser revocada sino dentro de los límites de los arts. 73 y 109 del Tratado de Roma; b) para la emisión de títulos mobiliarios extranjeros sobre los mercados mobiliarios nacionales, transacciones sobre títulos no cotizados y préstamos y créditos de carácter financiero: liberalización condicionada; c) operaciones financieras a corto término: no se ha previsto ningún tipo de liberalización, por el temor que inspiren la aparición de operaciones especulativas con el consiguiente efecto desestabilizador de la balanza de pagos.

(259) Entre otros, la adopción de un sistema de cambios flexible, del doble mercado de cambios (Bélgica), operaciones de swap entre el Banco emisor y los Bancos del sistema, medidas de control sobre los Bancos, medidas estabilizadoras (vgr.: la creación de "fondos de estabilización", como el ideado por Inglaterra en 1.932 - British Exchange Equalisation Account) o, simplemente, por el uso combinado de la política fiscal y la monetaria, dirigidas a obtener el equilibrio y a regular el nivel de la demanda interna, respectivamente. No faltan autores -BERSTEIN, ZOLOTAS, JACOBSON- que señalan, como solución a la cuestión, el establecimiento de políticas de cooperación multilateral con recurso a movimientos de capital institucionalizados (ROGGERO-FOSSATTI; I movimenti internazionali di capitale; cit.; págs. 124 y ss.).

(260) Contrariamente, estas operaciones -anota BERTIN, L'investissement international, cit.; pág. 21- más que IE propiamente dichas, constituyen "colocaciones en espera" de otras oportunidades más interesantes y duraderas.

(261) SAMUELSON (Economie monétaire internationale; cit.; pág. 70) incluye entre las diferentes modalidades de movimiento de capital a corto plazo "las colocaciones temporales de fondos en activos financieros a largo plazo".

nuestro entender, excepto en supuestos concretos y determinados (principalmente en los movimientos de capital derivados de operaciones comerciales entre países ó las -- operaciones de pura especulación sobre monedas) (262), -- se puede admitir, sin ninguna violencia, la equiparación de ambos términos, porque en tal sentido se tradujo la -- expresión IE al estudiar su concepto. Admitir -- como lo -- hace LAUBIER (263)-- que las IE se refieran tan solo a -- los movimientos de capital que tratan de financiar inversiones, es restringir el término sobremanera. Cualquier salida de capital (si nos situamos en la óptica exportadora) que genere un beneficio, incluso inmediato, a corto plazo, es IE; de la misma forma, una entrada de fondos (desde el punto de vista receptor), siempre y cuando éstos permanezcan de alguna forma un plazo, aunque sea -- muy breve, en el circuito financiero nacional, con objeto de obtener unas ganancias, también puede considerarse como IE.

Hasta unos años antes de la segunda Guerra mundial las transferencias de capital a corto plazo no alcanzaron importancia alguna, aunque ya a partir del final de la guerra europea (264), y sobre to-

(262) Vid. SAMUELSON A., Economie monetaire internationale; cit.; pág. 53.

(263) DE LAUBIER D., Les relations financières internationales; París, 1.975; pág. 188.

(264) ROGERO-FOSSATTI, I movimenti internazionali, cit.; pág. 96. Ha de tenerse en cuenta que una fracción elevada de los movimientos internacionales de capital de origen americano, registrados en el periodo siguiente a 1.924, estaba constiuída por préstamos al extranjero a corto plazo, atraídos por los elevados intereses vigentes sobre los mercados europeos. Tales operaciones eran contrarestadas por movimientos a breve plazo hacia los EE.UU., efectuados por inversionistas europeos, sobre todo por razones de seguridad, dada la inestable situación política que se registraba por aquellas fechas en muchos países europeos.

BLOOMFIELD A.I., Short-Term Capital Movements Under the Pre-1.914 Gold Standard; Princeton (N. Jersey), 1.963.

do de la grave crisis 1.929-30 (265) comienza a detectarse la presencia de ciertos flujos de "hot-money" en busca de colocación en los activos financieros cuya tasa de remuneración era la más elevada en cada momento (266).

Este proceso, que OLARIAGA (267) fundamenta en el fenómeno por él llamado de "internacionalización del dinero bancario", se produce como consecuencia de las deudas internacionales resultantes de la -- postguerra, las especulaciones y el establecimiento -- del "gold exchange standard", lo que generó en casi todos los países grandes reservas de divisas extranjeras. El capital bancario que va a situarse en el extranjero en depósitos a corto plazo no solo aumentó extraordinariamente, sino que se difundió por la generalidad de los centros financieros mundiales.

La importancia de estos movimientos hacia el final de la década de los años treinta viene a representar entre un 10-15% del total de las transfe--

(265) Según VARELA (Los movimientos de capital y los organismos económicos internacionales, en Bol. Est. Ec. de la Univ. Com. Deusto; Bilbao, nº 65, mayo-agosto 1.965, pág. 456) a veces el capital a corto plazo fué utilizado en proyectos a largo plazo, contribuyendo así a la inestabilidad general que desembocó en la Gran Depresión (1.929-30).

(266) Hacia 1.925, se estima que la IE a corto plazo efectuada por los europeos en USA, llegó a la cifra de 1.840 millones de dólares, que se incrementa hasta los 3.000 en 1.929 (FANNO, I movimenti internazionalisti, cit.; pág. 179).

(267) OLARIAGA L., La intervención de cambios en España; Madrid, 1.929. Esta idea es matizada por el mismo autor en otra de sus obras (La política monetaria en España; Madrid, 1.933; págs. 60-61) al señalar que "estos desplazamientos de capital (a corto plazo y en gran escala) tenían su origen en diversas causas, siendo las más importantes: el mayor número de relaciones internacionales trabadas desde la guerra; la necesidad de situar fondos en el extranjero, en cuantiosas magnitudes y periódicamente, -- por causa de las deudas interaliadas y de las reparaciones; la costumbre de hacer posiciones en moneda extranjera, creada por las especulaciones sobre cambios; la dependencia en que el patrón de cambios oro coloca a la Banca del país que tiene fuerte reserva de divisas oro con respecto a la de los países deudores, y el haberse habituado los Bancos de casi todo el mundo a depositar transitoriamente -- sus disponibilidades en los Bancos de los países -- que ofrecían estímulos de seguridad o de interés".

rencias internacionales de capital, y que adoptaban, en la mayoría de los casos, la forma jurídica de -- préstamos.

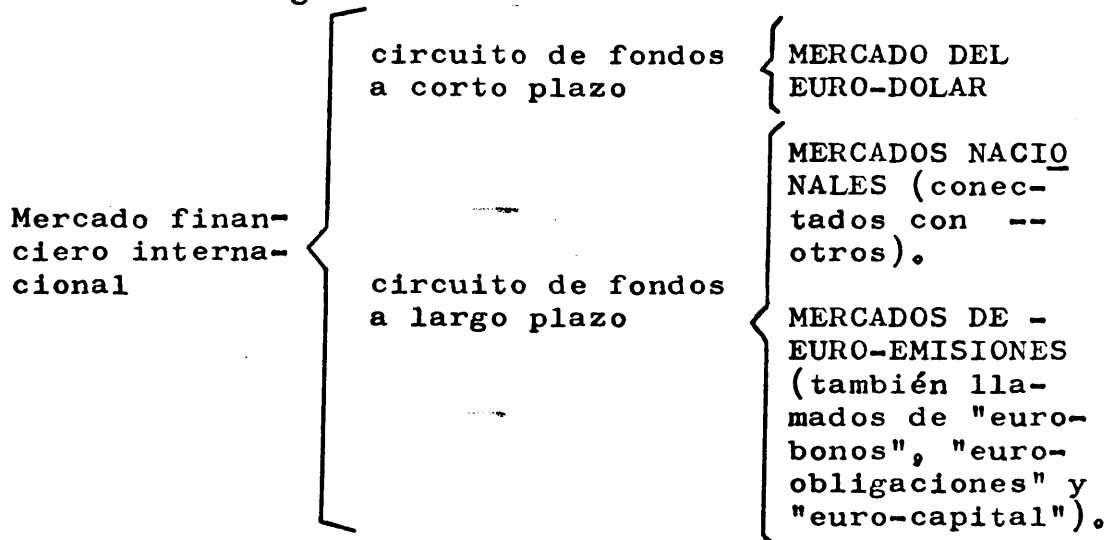
FANNO (268) señala que el endeudamiento a corto plazo de los EE.UU. en 1.925 alcanzó la -- cifra de 1.840 millones de \$ y en 1.929 la de 3.000, consecuencia de la huida masiva de capitales europeos hacia el Nuevo Mundo.

Después de la última conflagración mundial, los movimientos de capital a corto plazo han -- experimentado un extraordinario incremento (269), sobre todo en el ámbito europeo, y ello debido, principalmente a dos principales razones intimamente relacionadas: 1ª) por la declarada convertibilidad de -- una serie de monedas (diciembre de 1.958) y 2ª) al -- nacimiento y ulterior desarrollo de los mercados financieros internacionales, y principalmente del "euro-dólar" (270).

(268) I movimenti internazionali di capitali e le crisi, cit.; pág. 179.

(269) Datos estadísticos comentados pueden verse en MICHAEL W.P., Measuring international capital movements; N. York, 1.971; págs. 56-60 y 129 y ss.

(270) Con carácter general puede decirse que el mercado -- del euro-dólar (también llamado de "euro-divisas"), constituye un compartimento del mercado financiero -- internacional, cuya estructura podría establecerse -- de la forma siguiente:



A veces se utiliza una terminología confusa que complica la comprensión del tema. Así escribe GARCIA -- ECHEVARRIA (La financiación de las empresas multinacionales y el sistema monetario internacional, en -- XXII Serv. Est. Derecho Financiero; Madrid, 1.974) -- que "el mercado de eurobonos, también denominado de eurodólares ..." (pág. 240) términos que no cabe identificar en absoluto, por cuanto el primero se refie-

las diferencias en el tipo de interés unidas a las expectativas de ajustes en los tipos de cambio y las incertidumbres políticas (271) fueron ya causas suficientes para que se originase un gran movimiento de capitales a corto plazo (272).

El origen de éste mercado parece fijarse hacia los últimos años de la década de los cincuenta (273), concretamente en 1.957 cuando una determinada serie de circunstancias (274) impelieron a su creación, localizándose geográficamente en la plaza de Londres, y constituyéndose como el mercado internacional más importante de activos a corto plazo (275).

re a mercado de capitales (medio y largo plazo) y el segundo a mercado monetario (corto plazo). Clarifica la terminología el Rapport publicado por el Comité de Mercados Financieros de la OCDE, Le marché des -- emisiones internationales, París 1.972 (págs. 8 y -- 21).

(271) VARELA M., "Los movimientos de capital y los organismos económicos internacionales", cit.; págs. -- 449 y ss.

(272) Como pone de relieve el Boletín de Información económica editado por Banca Catalana (Nº 30, septiembre -- 1.973; págs. 5 y ss.: "El capital internacional a -- corto plazo: experiencia española") la necesidad de -- frenar los movimientos especulativos de capital a -- través de las fronteras, ha hecho que un buen número de países se hayan visto obligados entre 1.958 y -- 1.966 a hacer marcha atrás en su política de liberalización en cuanto a la salida de capitales o a introducir controles para evitar entradas indeseadas -- de los mismos. Posteriormente cesaron éstas medidas, pero se reinstauraron con mucha mayor fuerza a partir de 1.971, principalmente por causa de la inestabilidad monetaria internacional y el gran volumen alcanzado por el capital operante en el mercado de eurodivisas.

(273) Aunque se citan operaciones similares a las practicadas en la actualidad, alrededor de los años 1.920 -- (SAMUELSON, Economie monetaire internationale, cit.; pág. 55) y 1.930 (GISPERT A. y SARTORIUS J., Eurodólares y eurobonos, Salamanca, 1.972; pág. 24) y aún con anterioridad, a raíz de la primera guerra mundial (EINZIG P., The eurodólar System; Londres, 1.967; -- pág. 12).

(274) Principalmente el reforzamiento de la reglamentación de cambios y de reservas obligatoria americana; la -- lucha de los Bancos europeos contra el oligopolio -- del dólar y la persistencia del déficit exterior de los Estados Unidos.

(275) Cualquier operación en el mercao del euro-dólar debe cumplir tres precisas condiciones: a) la moneda utilizada debe ser extranjera en relación con el --

ca de España nos encontramos con que, en épocas en --
las que no cabe hablar propiamente de IE, ya se produ-
jo en nuestro país una especie de movimiento interna-
cional de capital a corto plazo. Durante los siglos -
XVI y XVII, se asiste a un tráfico de exportación de
la moneda nacional (276), principalmente de las pie--
zas de oro, que se trató de atajar a todo trance (277)
con resultados prácticos de escasa entidad. Tal polí-
tica, criticada por los historiadores de tal periodo,
no fué desacertada en términos absolutos -como ha pues

país donde se desarrolle la operación (de ahí, alu-
dir a euro-divisas); b) alguna de las partes con--
tratantes no debe ser residente del país de emisión
de la divisa utilizada, y c) una de las partes con-
tratantes puede tener la simple disposición de las
divisas extranjeras, sin tener su propiedad.

Los agentes económicos que tienen deseos complemen-
tarios se conectan a través del mercado. Son pres-
tamistas en el mismo tanto los organismos interna-
cionales (vgr.: el BIRD), como los bancos centra-
les, las sociedades multinacionales y los bancos -
comerciales, y destinatarios o deudores los bancos
centrales -excepcionalmente-, las firmas comercia-
les (para financiar exportaciones o importaciones),
las multinacionales y las colectividades públicas.
Las operaciones pueden realizarse directamente en-
tre los interesados, o a través de los euro-bancos
(interbancarios) ó de agentes especiales (brokers).
Uno de los efectos más sorprendentemente positi-
vos que ha producido éste mercado -apuntan GISPERT
y SARTORIUS (Eurodólares y eurobonos, cit.; pág.
41)- ha sido la expansión del crédito en las econo-
mías de aquellos países que, aunque poseyendo unos
sistemas financieros muy avanzados, no contaban du-
rante el periodo posterior a la segunda guerra mun-
dial con suficientes recursos líquidos para poner
en práctica sus planes económicos (Alemania, Ita-
lia, Japón).

Los economistas se han ocupado de examinar la influen-
cia que en sentido positivo o negativo ejerce el -
mercado del euro-dólar, tanto en el ámbito interno
como en el internacional (nos remitimos, además de
los ya citados, a ARTEAGA J., El mercado monetario
y el mercado financiero internacional; Barcelona,
1.970; págs. 41 y ss.; MOURGUES M., Iniciativas a
l'economie monétaire; París, 1.973; pág. 102; DHOM
R., Le marché des Eurodivises en service de l'ex-
pansion; XXI Mesa redonda sobre problemas de Euro-
pa; Lausanne, 1.968; CEMLA, Mercados de capital en
los países desarrollados, Méjico, 1.9 ; BERNUDEZ,
MONTJOJO y CARVAJAL, Nuevas fórmulas de financiación;
Madrid, 1.972; págs. 59 y ss.).

(276) Sobre la evolución histórica de la moneda española,
nos remitimos a GIL FARRÉS O., Historia universal
de la moneda; Madrid, 1.974.

(277) A tal finalidad respondía, por ejemplo, la RC. de
Carlos III, de 15 de julio de 1.784.

to de relieve recientemente ALLAIS (278)-, sobre todo si la analizamos como complementaria de una actuación proteccionista de cara a la importación de mercaderías extranjeras, porque ambas medidas, tomadas por el legislador español bajo la presión de los hechos, tendrían a salvar a la economía española, ya que los precios que aquí regían eran, constantemente, más elevados que los vigentes en países extranjeros (279).

En el siglo XVIII toda la "política monetaria" (280) continuó centrándose en los esfuerzos -- tendentes a impedir la salida de metales preciosos, -- puesto que tal situación "era grave no solo para la ordenación monetaria, sino para todo el sistema económico español" (281).

Por una serie de vicisitudes históricas -- (282), en el siglo XIX, España se hace receptora de --

(278) La liberalisation des relations économiques internationales, París, 1.972; pág. 104.

(279) Para examinar la progresiva tendencia alcista de -- los precios españoles, las causas que la produjeron y sus efectos, nos remitimos a HAMILTON E.J., American treasure and the price revolution in Spain; Cambridge (Mass.), 1.934, de éste mismo autor ha -- aparecido recientemente un nuevo libro titulado -- "Guerra y precios en España 1.651-1.800" que es -- glosado por VILAR P., Crecimiento y desarrollo, -- Barcelona, 1.974; págs. 163 y ss. Una síntesis de las ideas de éste autor, puede encontrarse en VICENS VIVES J., Historia económica de España, Barcelona, 5ª ed., 1.967, págs. 343 y ss. y 403 y ss. y en HELLIOTT J.H., La España imperial (1.469-1.716), Barcelona, 1.972; págs. 207 y ss.

(280) Que, como señala SARDA (La política monetaria, cit.; pág. 20) "no existió a la altura de las necesidades".

(281) SARDA, La política monetaria, cit.; pág. 21.

(282) Principalmente por el fin de la llamada "era de los pronunciamientos" (VILAR P., Historia de España; París, 1.963) con la proclamación de Alfonso XII (29-XII-1.874) y la apertura del periodo de Restauración, al que COMELLAS (Historia de España Moderna y Contemporánea, Madrid, 1.968, pág. 497) señala como -- "una de las épocas con más personalidad en la historia de España". Cuando el nuevo Rey sube al trono -- "todo cambia como por ensalmo; orden, continuidad, calma absoluta".

moneda extranjera, que circulaba libremente en el país (283), y cuyo volumen es, realmente, importante (284). Se producen entonces algunas transferencias de capital a corto plazo que, resisten las características de operaciones de IE esencialmente especulativas, cuyo fin era obtener un lucro derivado de las diferencias existentes entre el cambio real y el oficial -- atribuidos a la peseta.

Como ha puesto de relieve SARDA (285) -- la racionalización a que sucesivamente fué sometido nuestro sistema monetario (286) pretendía, entre -- otros fines, otorgar mayores facilidades para la entrada de capitales extranjeros en España.

Aunque con anterioridad al primer gran conflicto bélico mundial, ya comenzaba a preocupar a los poderes públicos el progresivo deterioro del valor de nuestro signo monetario (287) no se acomete -- lo que se denomina, por los fines que persigue (288),

(283) La política económica, cit.; págs. 30-31, 47 y 85.

(284) SARDA J., La política monetaria y las fluctuaciones de la economía española en el siglo XIX; Madrid, -- 1.948; pág. 26, nos dice que, en 1.842, la mitad del dinero circulante en el país lo componen monedas ex-- tranjeras.

(285) La política monetaria, cit.; pág. 162.

(286) Por D. 31-V-1.847, se adopta el sistema decimal, y por D. 15-IV-1.848 se establece como unidad funda-- mental el "real", que es sustituido por el "escudo" (Ley de 26-VI-1.864) para ser finalmente, sustitui-- do -D. de 19 de octubre de 1.868- por la "peseta", cuya utilización se hace obligatoria a partir de -- 1.870. Sobre esta evolución de nuestro signo moneta-- rio, nos remitimos a FERNANDEZ DEL PULGAR C. y ANES R., La creación de la peseta en la evolución del -- sistema monetario de 1.847 a 1.868, en la obra co-- lectiva del BANCO DE ESPAÑA, SERVICIO DE ESTUDIOS, Ensayos sobre la economía española a medidas del si-- glo XIX; Madrid, 1.970; págs. 147 y ss. y también a MATEU LLOPIS F., La moneda española; Barcelona, -- 1.946.

(287) Valga como ejemplo la llamada Ley Rodrigañez de 13 de mayo de 1.902, cuyos fines y efectos no han sido analizados con el detenimiento que parece requerir el tema. (nos remitimos al trabajo de PALAU Y CANA-- DELL F.; La cuestión del cambio; Barcelona, 1.906), y otras diferentes disposiciones posteriores: R.O.

(288) "El mantenimiento de la paridad de los cambios ex-- tranjeros sin innecesaria perturbación para los ne-- gocios nacionales, la evitación del ciclo económico y la estabilidad del nivel general de precios" (In--

una política monetaria adecuada, hasta que circunstancias ineludibles abocan a los gobernantes a estructurarla.

Al igual de lo que, como hemos apuntado, sucedía en la generalidad de los países, en España, a partir de la iniciación de la primera guerra mundial, comienzan a sentirse los efectos de la recepción incontrolada de capitales exteriores, cuyo propósito era -la historia se repite- obtener rápidos beneficios derivados de la solidez que, desde principios de siglo (289), va adquiriendo nuestro signo monetario.

Ya cuando se barruntaban los primeros indicios de lo que desembocaría en la llamada "gran crisis", se observan determinados síntomas de operaciones especulativas en torno a nuestra moneda, y que pueden explicarse igualmente por el fenómeno que ya puso de relieve OLARIAGA al hablar de la "internacionalización del dinero bancario".

Entró el capital extranjero en los Bancos españoles, principalmente en 1.926 y aún más en 1.927 (290), y tal entrada se debió, más que al interés que dichos Bancos ofrecían, a la esperanza de que, triunfante España en Marruecos, consolidada la Deuda flotante (291) y en vías de nivelación el presupuesto nacional, la peseta había de subir rápidamente.

Como las esperadas perspectivas no se realizaron, a partir del segundo semestre de 1.928, -éstos capitales iniciaron su retirada, con resultados funestos para el cambio de nuestra moneda que, como -indica el cuadro estadístico, vió depreciarse su valor de forma continua.

forme Macmillan: Rapport of the Committee on Finance and Industry; Londres, 1.931; pág. 118).

- (289) Tales causas podrían sintetizarse en las siguientes: a) liquidación guerras coloniales; b) repatriación capitales; c) consolidación de la industrialización del país y mejoramiento de su sistema financiero.
- (290) OLARIAGA (La intervención de los cambios en España, cit.; pág. 25) calcula la entrada en 800 millones - de pesetas, mientras que SARDA (La intervención monetaria y el comercio de divisas en España; Barcelona, 1.936; pág. 9) lo cifra en 700 millones, señalando que principalmente tal situación fué debida a un grupo franco-holandés con participación de Bancos suizos.
- (291) Nos remitimos a SOLE G., La Deuda pública española y el mercado de capitales; Madrid, 1.961; pág.

de la peseta en los años que se citan, en relación - al dólar, el franco y la libra.

Años	100 francos	1 libra	1 dólar
1922	53'02	28'60	6'44
1923	42'09	31'74	6'94
1924	30'10	33'18	7'66
1925	33'24	33'80	7'02
1926	22'13	32'66	6'72
1927	23'09	28'51	5'86
1928	23'70	29'31	6'02
1929	26'77	33'16	6'84
1930	33'84	41'96	8'67
1931			10'51
1932			12'46

Fuentes.- CEBALLOS TERESI J.G., Historia económica, Madrid (8 vols., 1.914-1.931), Tomo VII, pág. 423.

Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana, Madrid, 1.933.

Así surge todo un nuevo replanteamiento de la estrategia liberal hasta entonces desarrollada (292), iniciándose una nueva política cambiaria, de signo decididamente restrictivo y controlador de los movimientos de capital, especialmente a corto plazo. Esta política restrictiva -cuya evolución legal será examinada en el capítulo siguiente- culmina en las - normas dictadas durante la guerra civil, que tienden a bloquear toda posibilidad de operativa sobre nuestro signo monetario; política que, solo al final de los años cincuenta, ha visto aflojar sus controles.

Por lo que se refiere a la presencia española en el mercado de euro-divisas, ha de admitirse que, hasta el momento, es más bien precaria, aunque -como se ha escrito (293)- los intereses actua--

(292) Esta nueva visión de la política económica no fué, ni mucho menos, unánimemente compartida. Vid. CAMBO F., La valoración de la peseta, Madrid, 1.929 - (Rev. de Economía Política, reedición, septiembre-diciembre de 1.970), mantuvo la tesis de que sin - intervención oficial, la peseta adquiriría una cotización acorde con el nivel relativo de los precios.

(293) Semanario "Desarrollo", 7 de julio de 1.974; nos remitimos, además, al Servicio de Estudios de Banco de Bilbao: Eurodólares y eurobonos (Dependencia y participación de los Bancos españoles en el mercado); págs. 3-4.

les de los bancos españoles en estos mercados son ya de alguna importancia. Debe destacarse que los bancos que manejan una mayor parte de las eurodivisas son los bancos más grandes del mundo y en este sentido no hay que olvidar que los bancos españoles presentan, a nivel internacional, una dimensión tan sólo modesta, puesto que los "cuatro grandes bancos españoles" ocupan posiciones entre la 90 y la 100 en varios de los rankings que se manejan en los medios financieros mundiales. En el ranking de saldos interbancarios Due to Banks, la importancia es más relevante, pues los principales bancos españoles están entre los puestos 35 y 70, según el American Bankers, para datos referidos a bancos de fuera de Estados Unidos. De otro lado, debe destacarse que hasta hace poco era escasa la vocación internacional de la Banca española en lo que atañe a operaciones activas, ya que se dedicaba, más que a otra cosa, a la captación exterior del dinero ahorrado por los emigrantes. El volumen de las operaciones activas españolas era, por tanto, de reducida dimensión absoluta. Si se comparaba con el de los grandes bancos ingleses, americanos y japoneses, por ejemplo, tenía una importancia relativa pequeña, pero, sin duda, ya están presentando unas cifras ascendentes en el contexto mundial de las operaciones en eurodivisas.

En cuanto a las operaciones sobre el mercado de eurodólares debe señalarse que frente al gran monto de estas operaciones a escala internacional, los bancos españoles que las realizan actúan sobre los dos frentes en que es posible intervenir. En el mercado del eurodólar los bancos operan en base a la captación de depósitos en moneda extranjera de "no residentes", los cuales en España son cotizados con arreglo a los tipos de interés vigentes en cada momento en el mercado de eurodólares que, como se sabe, mantienen diferentes cotas según los distintos vencimientos. Estos mismos depósitos son colocados en este mercado a fin de obtener un margen entre lo pagado al cliente y lo cobrado al prestatario. Tales prestatarios sobre los que actúan los bancos españoles son empresas españolas que están sujetas a la autorización del Banco de España en cuanto a la concesión de préstamos, y empresas extranjeras.

En nuestras disposiciones sobre IE no se distingue entre operaciones a corto y a largo plazo. El régimen legal es aplicable, por igual, a todas ellas, siempre y cuando unas y otras adopten cualquiera de las modalidades que expresa la LIE. En todo caso, las transferencias de capital a corto plazo estarán sometidas a

— las normas que regulan el control de cambios, entendido —
— éste término —como lo definen ALVAREZ y EGUIDAZU (294)— —
— como el conjunto de disposiciones que regulan las transac—
— ciones entre residentes y no-residentes, de las que se de—
— rivan cobros y pagos del y al extranjero en divisas o en
— pesetas, o adquisición o cesión de bienes y derechos. Del
— análisis de esta cuestión nos ocupamos en el capítulo ter—
— cero.

• Las IE a corto plazo, a través de valo--
• res mobiliarios, nos atreveríamos a decir que, práctica--
— mente, no se producen; salvo que IE a medio o largo plazo
— se liquiden —debido a las más variadas circunstancias (te—
— mores de carácter político o económico, devaluaciones mo—
— netarias, etc.)— dentro del plazo que marca la frontera —
— entre una y otras modalidades de inversión.

— Las IE a corto plazo se pueden materiali—
— zar más adecuadamente mediante la adquisición de títulos
— valores que no tengan el carácter de valores mobiliarios
— o mediante la concesión de préstamos financieros; así, la
— adquisición de una letra de cambio o de un Certificado de
— depósito, la concesión de un préstamo personal, etc., se
— prestan mucho mejor a éste tipo de operaciones. Tan sólo
— la perspectiva de una ganancia rápida en el mercado de va—
— lores, fruto de la existencia de unas condiciones excep--
— cionales, puede abocar al inversionista extranjero a rea—
— lizar una colocación de fondos en valores mobiliarios, --
— con la intención de desinvertir rápidamente y obtener --
— unas plusvalías a corto plazo.

— Por lo indicado anteriormente, se compren—
— derá que la IE a corto plazo no se produce, de hecho, en
— las IED y muy limitadamente en las IEC. Desde luego, la —

inexistencia de plazos mínimos de mantenimiento de la inversión y de limitación en cuanto al porcentaje de utilidades susceptibles de repatriación o transferencia (195), posibilita la IE a corto plazo en valores mobiliarios, - pero son las circunstancias de orden formal, por un lado, y la lentitud con que, de ordinario, se generan plusvalías en el mercado mobiliario, los inconvenientes que -- obstaculizan, en la práctica, éste tipo de inversión.

Por las características que reúnen las operaciones de IE a corto plazo, normalmente especulativas -y si se materializan en valores mobiliarios hay que pensar que siempre lo son-, el intérprete de la ley debería adoptar criterios restrictivos en su aplicación, evitando que la aplicación rigurosa y literal de los términos legales, permita la existencia de movimientos de capital que puedan producir desajustes en el sistema económico, generando consecuencias de imprevisible entidad.

B) IE a largo plazo.

Bajo ésta denominación, podemos encuadrar las transferencias de capital exterior que se "instalan" en el país receptor, con la idea de permanencia por largos periodos de tiempo y, generalmente, con la intención de crear las condiciones precisas para una redistribución

(295) En el D.L. de 27 de julio de 1.959 se establecían unas limitaciones en cuanto a plazos de mantenimiento de la inversión, pues aunque se refiere a la -- transferencia al exterior del producto de la desinversión, de hecho, equivale al mantenimiento de la misma (art. 7º: dos años en las IE de preferente - interés económico y social, y cuatro en las restantes) y para la transferencia al exterior (art. 7º: dos años en las primeras y cuatro en las restantes), así como en el porcentaje de beneficios transferibles (art. 6º: sin limitación en las primeras y el 6% anual en las segundas). La vigente ley argentina (nº 21.382) establece limitación temporal (arts. 11 y 12).

de los factores productivos a escala internacional. Son -
las que se identifican, en la realidad, con las operacio-
nes de IE propiamente dichas.

Todas las teorías que enunciamos al princi-
pio de esta tercera parte del Capítulo, sobre el fundamen-
to económico de la IE, podrían ser aplicadas al caso de -
las IE a largo plazo, por lo que no merece la pena volver
sobre ellas. Y lo mismo sucede respecto a los efectos que
la adición del capital exterior puede producir sobre la -
masa monetaria, la balanza de pagos, el movimiento bursa-
til, etc., en suma, sobre la estructura económica de los
países a los que afecta. Por todo ello, estimamos que no
merece la pena que nos alarguemos más en éstas materias -
(296), y subrayemos algunas otras características de inte-
rés.

Las IE a largo plazo pueden proceder del -
sector privado del país exportador, y pueden dirigirse in-
distintamente al sector público o al privado del país re-
ceptor. Haremos algunas referencias a los supuestos men-
cionados.

a) IE de carácter público.

Se denominan IE de carácter público las -
que tienen su origen en el sector público del país expor-
tador (Gobierno o Entidades públicas) o en organismos o -
instituciones de naturaleza internacional.

(296) La doctrina anglosajona se ha preocupado, princi-
palmente, de estudiar éstos aspectos económicos. Pa-
ra un análisis pormenorizado recomendamos: DUNNING
J.H., Studies in international investment, Londres,
1.970; REUBER G.L., Private Foreign Investment in
Development, Oxford, 1.973, principalmente caps.
V y VI); ADLER J.H., Capital movements, Londres, -
1.970; MICHAEL W.P., Measuring international capi-
tal movements, N. York, 1.971.

economías desarrolladas, como hacia aquellas otras que, necesitadas de capital, lo demandan para su desarrollo.

Bien es verdad que, en el caso de las IE públicas, la --
--prevalencia corresponde a las segundas, porque más por --
--razones de solidaridad, que no económicas (297), se ha --

(297) Como escribe LUCHAIRE (La ayuda, cit.; págs. 18 y ss.) "la ayuda a los países subdesarrollados aparece hoy como una obligación de solidaridad. Esta -- obligación tiene su fundamento tanto en el pasado como en el futuro. El desarrollo actual de las regiones industriales es, en gran parte, debido al -- subdesarrollo de las demás regiones. Se ha podido escribir que la industria capitalista pillaba al -- Tercer Mundo (PIERRE JALEE, Le pillage du Tiers -- Monde, 1.965) pagándole las materias primas a precios cada vez más bajos para venderle cada vez más caros los productos fabricados con estas mismas materias primas. El razonamiento no es falso, pero -- no debe ser generalizado. En primer lugar, el empobrecimiento de los países exportadores de materias primas no es un fenómeno capitalista, pues la plusvalía procedente de la transformación de las materias primas aprovecha a la economía entera de los países industriales: aumenta la renta de los trabajadores así como los beneficios de la empresa y -- los ingresos presupuestarios. En segundo lugar, no se aprovechan solamente los países industriales capitalistas, sino también los países industriales socialistas: cada vez que el trabajo humano se paga un poco más caro, cada vez que se eleva el nivel de vida de los trabajadores en Europa, en Estados Unidos o en la U.R.S.S., la renta media de los países subdesarrollados disminuye. Además, el deber de solidaridad humana prohíbe conservar una situación que haría que, en el año 2.000, un cuarto de la humanidad tendría un nivel de vida 40 veces superior al de los otros tres cuartos; sería destruir la unidad de la naturaleza humana. Sea bajo la influencia de las grandes religiones (cristianismo, islamismo, judaísmo) o creencias (budismo, marxismo), o como consecuencia de una progresión espontánea del espíritu, la humanidad no ha cesado de luchar para afirmar la igualdad de los individuos. Si renunciara a esta lucha constante, si aceptara el principio de la división de los hombres en dos categorías, una superior y otra inferior, ella misma se condenaría. Al contrario, en el mismo momento en que nuestro planeta se lanza hacia la exploración del espacio extraterrestre, en el mismo momento en que quizás encontrará formas diferentes de vida, es cuando ciertamente tiene mayor necesidad de realizar su unidad. El interés económico -- que presentaría para los países industriales la -- ayuda a los países subdesarrollados es mucho más discutible. Por lo demás, es presentado como una crítica de la intervención de los países suminis--

— por sus condiciones específicas, se han bautizado como —
"ayudas" más que como IE propiamente dichas, y su análisis no está exento de arduas controversias (298).

Las modalidades de la "ayuda" son muy numerosas, pero casi siempre se reducen a la concesión de préstamos, no formalizados a través de valores mobiliarios, sino de las fórmulas que designamos como IE credicias (nos remitimos al Capítulo anterior) (299).

Las "ayudas" suelen dispensarse por cualquiera de éstos tres expedientes:

1º) Organismos de ayuda multilateral, ta

tradores de ayuda, que son acusados de neocolonialismo. Según esta acusación, los países industriales ayudando a los países subdesarrollados se re-servarían mercados y aprovisionamientos privilegiados.

(298) Para un conocimiento profundo de hasta donde puede llegar la controversia, nos remitimos a HAYTER T., Ayuda e imperialismo, Barcelona, 1.972. La autora acomete el estudio de la política seguida por ciertos organismos internacionales dispensadores de la ayuda, obteniendo una série de conclusiones muy --acordes con su proclamada ideología marxista.

(299) MIKESELL (Mecanismos de ayuda económica externa; - Méjico, 1.964; págs. 21-37), distingue los préstamos otorgados a los países en vías de desarrollo - con arreglo a diferentes criterios: a) por su función, en generales y especiales (para financiación de programas específicos de inversión; para nivelación de balanza de pagos; a bancos de desarrollo; fines de estabilización monetaria; financiación de exportaciones de bienes específicos concedidos a -petición del comprador; para la producción de materiales estratégicos y de defensa en el extranjero, etc.); b) por su vencimiento (corto plazo -1 año-; medio -de uno a cinco años- y largo -más de cinco años); c) por los prestatarios (a gobiernos y a empresas privadas); d) por el uso (préstamos "atados" -su uso está condicionado a la adquisición de bienes o compras en el país prestatario- y de libre -disposición); e) por sus condiciones ("blandos" --como los otorgados por USA bajo la ley pública --480, para el desarrollo y asistencia del comercio agrícola, de 1.954- y ordinarios).

les como el Banco Mundial y sus filiales, la Corporación Financiera Internacional y la Asociación Internacional - de Desarrollo (300);

2º) Organismos de ayuda regional, orientados en su organización en una doble dirección:

- promoviendo la creación de "bancos de desarrollo" -similares al Banco Mundial- con competencia geográfica limitada, como el Banco Interamericano de Desarrollo (301), el Banco Centro-americano de Integración Económica -- (302), el Banco Africano de Desarrollo (303), o el Banco Asiático de Desarrollo (304), el Banco Internacional de Cooperación económica o Banco del COMECON (305);
- fundando "organismos de asistencia mutua" en virtud de la formalización de acuerdos y tra-

(300) Vid. LAVALLE R., La Banque Mondiale et ses filiales: aspects juridiques et fonctionnement; París, 1.972; - MUNS, Organismos económicos internacionales; cit.; - págs. 109-196.

(301) Nos remitimos a BONNET (Les institutions financières internationales; París, 1.968; págs. 79 y ss.; SCHLOGEL (Les relations économiques et financières, cit.; pág. 304); NEME (Organisations économiques internationales; París, 1.972; págs. 435 y ss.); MIKESELL - (Mecanismos de ayuda, cit.; págs. 101 y ss.).

(302) Vid. SCHLOGEL (Les relations économiques et financières, cit.; págs. 304). BONNET (Les institutions financières, cit.; págs. 91 y ss.).

(303) Vid. SCHLOGEL (Les relations économiques et financières, cit.; pág. 304); BONNET (Les institutions financières, cit.; págs. 92 y ss.); NEME (Organisations économiques, cit.; págs. 440 y ss.).

(304) Vid. SCHLOGEL (Les relations économiques et financières, cit.; pág. 304); BONNET (Les institutions financières, cit.; pág. 94); NEME (Organisations économiques, cit.; págs. 439 y ss.).

(305) Vid. BONNET (Les institutions financières, cit.; págs. 95 y ss.).

tados, como los surgidos del Plan de Colombo -
(306) o del MEC;

3º) Ayudas de carácter público "bilaterales, en virtud de las cuales los Gobiernos de ciertos países industrializados acuden en auxilio de los subdesarrollados, tanto en sus sectores público como privado. - Los préstamos otorgados por el "Eximbank" (Export-Import Bank) (307) y los programas de "alimentos para la paz" - (308) o de la "alianza para el progreso" (309) constituyen ejemplos claros de ésta modalidad de ayuda.

Como pone de relieve LUCHAIRE (310) varias organizaciones se esfuerzan en obtener, del conjunto de países, decisiones que tiendan a facilitar el desarrollo de los económicamente atrasados: la FAO (311), el GATT (312), la CNUCDE (313), la UNIDO (314), el ECOSOC

(306) Vid. CASARI M., La cooperazione internazionale per lo sviluppo economico; Padua, 1.969; págs. 288 y ss.

(307) Vid. MIKESELL (Mecanismos de ayuda, cit.; págs. 105 y 106).

(308) Vid. SCHLOGEL (Les relations économiques et financières, cit.; pág. 308).

(309) Vid. LUCHAIRE (La ayuda, cit.; pág. 66); CASARI (La cooperazione internazionale, cit.; págs. 249 y ss.).

(310) La ayuda, cit.; págs. 61 y ss.

(311) Vid. LUCHAIRE, La ayuda, cit.; pág. 61; NEME, Organisations économiques, cit.; págs. 102 y ss.; CASARI, La cooperazione internazionale, cit.; pág. 177 y ss.

(312) Vid. MUNS (Organismos económicos, cit.; págs. 197 y ss.); LUCHAIRE (La ayuda, cit.; pág. 61); NEME (Organisations économiques, cit.; págs. 37 y ss.); CASARI, La cooperazione internazionale, cit.; págs. 206 y ss.

(313) Conferencia de las N.U. sobre el comercio y desarrollo, creada en 1.964. Los Acuerdos sobre el estaño - (abril, 1.965) y el café (septiembre, 1.962) se consiguieron en su seno. Vid. LUCHAIRE, La ayuda, cit. págs. 61-62; NEME (Organisations économiques, cit.; págs. 66 y ss.

(314) Organización de las N.U. para el desarrollo industrial, con sede en Viena, comenzó a funcionar en 1.967. Vid. LUCHAIRE, La ayuda, cit.; pág. 62; NEME, Organisations économiques, cit.; págs. 168 y ss.

(315), las Comisiones Económicas Regionales de las Naciones Unidas (316), la OCDE, son ejemplos elocuentes en este sentido.

Todos éstos expedientes han dado lugar a la formación de una densa trama de órganos y mecanismos - (317) que funcionan para lograr alcanzar los fines que de manda la hoy en día ampliamente divulgada "cooperación -- económica internacional" (318).

b) IE de carácter privado.

Se consideran IE de carácter privado todas aquellas que reconocen como punto de origen del flujo del capital invertido, el sector privado del sistema económico del país exportador.

(315) Consejo Económico y Social de las N.U. Nos remitimos a DIEZ DE VELASCO, Curso de Derecho internacional público, cit.; págs. 515 y ss.

(316) Las Comisiones Económicas Regionales de las N.U. han sido instituídas por el ECOSOC, y son las siguientes: CEPAL (Comisión Económica para América Latina), ECAFE (Comisión para Asia y Extremo Oriente) y la ECA - (Estados de Africa y Europa). Vid. NEME, Organisations économiques, cit.; págs. 453 y ss.

(317) MEDINA ORTEGA (Las N.U. y la institucionalización de la cooperación económica, en O.N.U. año XX; Madrid, 1.966; pág. 178) critica ésta dispersión institucional que, de hecho, reduce la eficacia de la ayuda al desarrollo, y que podría, quizá, centralizarse en una institución unitaria, teniendo en cuenta que la mayor parte de los fondos con que operan éstas instituciones proceden practicamente de los mismos países.

(318) La cooperación económica puede considerarse como un tipo de política económica internacional que, sin al terar el principio de la libre elección individual y acogiendo la especialización como presupuesto de una más productiva división internacional de la producción, postula que varios Estados trabajen conjuntamente, de forma armónica y coordinada, para el logro de fines comunes o convergentes, en interés de cada país y de la comunidad internacional, mundial o regional (CASARI, La cooperazione internazionale, cit., pág. 43); Vid. también MERLE M., La vie internationale; París, 3ª ed., 1.970; págs. 267 y ss.

Las IE privadas pueden obedecer a dos tipos de motivos; unos, los generales, de carácter económico y a los que nos hemos referido al principio de la exposición -diferencias de tipos de interés o de beneficios, expansión de mercados, adquisición y provisión de fuentes de primeras materias, estrategia comercial, etc.-; otros, -de menor entidad, son los calificados por FANNO (319), -movimientos "anormales", en los que cabría incluir todas las IE que responden a razones extra-económicas -diferencias de presión tributaria, temor de devaluaciones; motivos de carácter político y social; etc.- (320).

Desde el punto de vista en que nos hemos situado, parece interesante, a nuestros fines, determinar el carácter de los diferentes inversionistas extranjeros, a los cuales podemos clasificar en las siguientes categorías:

1ª) El inversionista individual, entendiendo por tal la persona física o jurídica, no-residente, a la que no se reconocen vinculaciones de carácter económico o financiero con grupos multinacionales, Gobiernos u otros organismos públicos, internos o internacionales. - De ordinario, éste tipo de inversionistas posee poca entidad en el conjunto de las relaciones económicas internacionales de carácter productivo (321), siendo su pre--

(319) I movimenti anormali dei capitali e le crisi; Turin, 1.935.

(320) ROGGERO-FOSSATI (I movimenti internazionali, cit.; - págs. 15-16) critica ésta idea de FANNO por considerar que se basa sobre la implícita aceptación de algunos presupuestos que aparecen como discutidos en la doctrina más reciente: la inestabilidad de los -- cambios monetarios; presunción de mercados financieros perfectos en cada país; la inamovilidad de los -- factores productivos; la trasposición de conceptos -- macroeconómicos a la microeconomía; etc.

(321) BERTIN (L'investissement international, cit.; pág. - 12) considera como "IE oportunista" a la realizada -- por éste tipo de empresa inversionista, porque se --

IE en inmuebles, sobre todo en los países de general -
aceptación como turísticos.

2ª) El inversionista institucional (Compañías de seguros, Sociedades y Fondos de Inversión Mobiliaria, etc.) constituye una categoría cuya importancia - en lo referente a las IEC es fundamental, según demuestran los datos que sobre el particular existen.

3ª) Las empresas multinacionales se presentan, por su propia filosofía, como los inversionistas extranjeros por excelencia en el campo de la IED (322).

c) IE en el sector público.

Bajo la denominación de sector público, deben incluirse tanto a la Administración central de un país, como a sus organismos autónomos, Administración de las entidades territoriales menores (región, provincia, municipio), la seguridad social y las Empresas públicas (323).

trata de empresas lanzadas a la conquista de un mercado exterior, pero ligadas sobre todo a su mercado nacional.

(322) Nos remitimos a los datos que, sobre la economía española, aportan MUÑOZ, ROLDAN y SERRANO, La internacionalización del capital, cit.; págs. 194 y ss. (El fenómeno multinacional en la economía española). Como señala BERTIN (L'investissement international, -- cit.; pág. 12) los grandes inversionistas del sector privado son las sociedades internacionales, o como las define M. BYE, las "grandes unidades inter-territoriales": sociedades petrolíferas o mineras o aquellas cuyos negocios abarcan todo el mundo (como la ITT), en las cuales su actividad no está ligada a un territorio nacional particular, sino a una trama de relaciones comerciales y financieras con numerosos países. Buena prueba de ello la suministra el dato de que, en USA, las 300 primeras empresas son responsables del 80% de las IED americanas.

(323) BANCO MUNDIAL: Informe sobre el desarrollo económico de España; OCYPE, Madrid, 1.962; pág. 147.

Las IE que se canalizan al sector público del país receptor, pueden provenir tanto del sector público como del sector privado de los países exportadores, y de ordinario adoptan éstas dos modalidades:

1ª) Concesión de préstamos, por parte de Gobiernos extranjeros, Organismos internacionales o instituciones o empresas privadas (vgr.: préstamos de consorcios bancarios).

2ª) Emisión de empréstitos en el exterior. La importancia asumida por ésta forma de financiación -- del sector público, unida al desarrollo del mercado financiero internacional, ha hecho que algunos autores (324) distingan dos modalidades de la misma: la emisión internacional y la euro-emisión. La primera se produce cuando un Gobierno emite títulos en el mercado financiero de otro y en la propia moneda nacional; la segunda, cuando la -- emisión se realiza en otro mercado y en moneda diferente a la nacional (vgr.: una empresa española emite un empréstito en libras esterlinas sobre el mercado suizo).

Ambas fórmulas -préstamo y empréstito- se utilizan hoy en día con asiduidad por los Gobiernos y de más organismos del Sector público, si bien en el pasado se acudió preferentemente a la emisión de obligaciones y Deuda pública.

En los países subdesarrollados, sobre todo en los que no han sido adoptados los patrones capitalistas en su estructura económica, desaparece de hecho -- la noción del sector privado --porque éste queda reducido a las actividades artesanas--, computándose toda la IE en

(324) MOSCHETTO B. y PLAGNOL A., Les activités bancaires internationales; París, 1.976; pág. 83.

el país, como efectuada en el sector público. De aquí, por ejemplo, que no se admita la IEC, en su modalidad de participación en las empresas.

d) IE en el sector privado.

Las IE en el sector privado del sistema económico del país receptor del capital exterior, se caracterizan, generalmente, por su carácter ampliamente diversificado y selectivo, en dos sentidos diferentes: por una parte, en cuanto que se admiten todas las modalidades imaginables de aportación, aunque los países en vías de desarrollo -carentes de tecnología y preparación- se inclinan mayoritariamente por las IED; por otro lado, porque se produce una discriminación de las IE que se dirigen a sectores o actividades no consideradas como preferentes por el estado receptor. De ahí la alusión constante a las IE productivas o que coadyuvan al desarrollo económico del país que las recibe. Y en éste orden de ideas, las preferencias van hacia las inversiones que producen la sustitución de importaciones o el incremento de las exportaciones del sistema en que se insertan.

Las IED generan, en el terreno económico, multitud de efectos que se manifiestan en las más opuestas direcciones, por lo que no es aconsejable emitir un juicio global sobre las mismas; porque las características estructurales del sistema que las recibe (grado de desarrollo), capacidad de utilización de la inversión, etc.) condicionan los resultados a obtener. En todo caso, se produce un grado más elevado de integración entre las economías de los países implicados y, con ella, una mayor interdependencia, reduciendo la capacidad de control de cada Gobierno sobre sus procesos económicos internos (debilitamiento de la política económica). Así se llega a la creación de vastas áreas económicas donde la economía de los diferentes paí--

ses que las componen adquieren un nivel de integración superior.

Las IED, por otro lado, no son susceptibles de constituir operaciones especulativas, de ahí su preferencia como forma habitual de inversión.

El flujo de capital procede, de ordinario, del sector privado del país exportador, salvo cuando se trata de organismos de carácter internacional cuyo objetivo es la cooperación al desarrollo de las economías atrasadas (vgr.: Eximbank).

Por lo demás, a las IE en el sector privado pueden ser aplicadas cuantas observaciones se hicieron con carácter general al comienzo de la exposición de ésta materia.

Con objeto de completar la exposición, vamos a efectuar algunas breves consideraciones sobre la evolución histórica de las IE a largo plazo.

Para su mejor comprensión, aclaración de conceptos y puntos de vista que se utilizan en el texto, hay que tener presente que, en ésta modalidad de IE, el flujo de capital procede tanto del sector público como del sector privado del país exportador y se puede dirigir a uno u otro de ambos sectores del país receptor. De aquí que puedan considerarse las siguientes combinaciones de movimientos de capital entre naciones:

País exportador del capital	Forma de producirse la IE - (1):	País importador del capital
Fondos procedentes de:		Fondos dirigidos a:
Sector público	directamente(2)	Sector público
Sector público	directamente(3)	Sector privado
Sector público	indirectamente(4)	Sector privado
Sector privado	directamente(5)	Sector público
Sector privado	directamente(6)	Sector privado
Sector privado	indirectamente(7)	Sector privado

- (1) Todas las operaciones que se reseñan pueden formalizarse entre sí por los interesados o utilizando el mecanismo del mercado financiero internacional (Bolsas nacionales, euro-emisiones).
- (2) El Gobierno y organismos públicos del país exportador conciertan la operación con el Gobierno, organismos y empresas públicas del país receptor, bien mediante "trato" directo o utilizando un mecanismo de mercado (euro-emisiones).
- (3) Préstamos y operaciones financieras del Gobierno y organismos públicos del país importador con unidades económicas privadas del país receptor.
- (4) Préstamos y operaciones financieras del Gobierno y organismos públicos del país exportador con el Gobierno y organismos públicos del país receptor, que —a su vez— los canalizan hacia el sector privado de su economía.
- (5) Emisión de empréstitos por el Gobierno y organismos públicos del país receptor, suscritos por inversionistas privados extranjeros.
- (6) IEC, en títulos emitidos por unidades económicas —privadas del país receptor y adquiridos por inversionistas extranjeros privados.
- (7) Adquisición por inversionistas extranjeros privados de títulos emitidos por Gobiernos y organismos públicos de los países receptores que, a su vez, —los destinan a las unidades económicas privadas —del propio sistema.

— En la evolución histórica de las IE a -- largo plazo, se pueden distinguir varias etapas, caracterizadas cada una por una serie de hechos comunes y —afinidades ideológicas que, indiscutiblemente, han marcado las fronteras temporales entre ellas.

— PRIMERA ETAPA (hasta finales del siglo — XVI).

— I. Evolución general.— El comienzo de la primera fase histórica se pierde en los albores del tráfico mercantil y se cierra hacia finales del siglo XVI de nuestra era. Esta etapa se caracteriza —como apunta en su ameno trabajo ALLAIS (325)— porque las relaciones económicas, contractuales e institucionales, eran

— (325) ALLAIS M., La liberalisation des relations économiques internationales (Prefacio de A. Piatier); París, 1.972; págs. 6 y 7.

ya casi tan complejas en sus detalles como las que existen en la actualidad (326).

Se puede subrayar una serie de hechos característicos de tal periodo. En primer lugar "desde la Antigüedad a la Edad Media, las aduanas y peajes se consideraron, en ocasiones, no solo como impuestos, sino como medios utilizados con fines proteccionistas en los intercambios comerciales (vgr.: normas impuestas en el siglo III a. C. por Ptolomeo en Egipto; Ordenanza francesa de 1.277). En segundo término, encontramos numerosos ejemplos de tratados de comercio suscritos entre territorios y ciudades (vgr.: Tratados entre Chipre y Egipto en la Dinastía XVIII; acuerdos sobre comercio y navegación entre Roma y Cartago en los años 509 y 347 a.C.), y entre las incipientes nacionalidades que comenzaban a dibujarse en la Edad Media (existe un ejemplo claro en el más antiguo tratado comercial de Inglaterra, suscrito en 1.217 con Noruega). Como pone de relieve ALLAIS, la finalidad esencial de éstos acuerdos comerciales consistía en asegurar a los mercaderes de un país, cuando se encontrasen en territorios de la otra parte contratante, los derechos que la legislación de aquellos tiempos negaba al extranjero, total o parcialmente: libertad de circulación, derecho de propiedad, igualdad ante los Tribunales, etc., así como la seguridad personal y de sus navíos y mercaderías contra todos los eventos, incluso en el caso de guerra entre los signatarios del tratado. Por último, las relaciones económicas contractuales e institucionales entre Estados fueron dominadas e intensamente influidas por las relaciones políticas (la historia de Egipto, Mesopotamia, Grecia, Roma y su imperio, los árabes y de toda la Edad Media constituye un amplio abanico de ejemplos en éste sentido), hasta un punto tal que, en ciertos periodos, se tiende al establecimiento por la fuerza de situaciones comerciales de monopolio que no dejaron de suscitar numerosos conflictos (vgr.: los intereses comerciales se sitúan por los autores como el origen de las guerras púnicas entre cartagineses y romanos) (327).

Para FEDE (328), es en la actividad mer--

(326) Una síntesis de la economía en la antigüedad puede verse en LEVY J.Ph., L'économie antique, París, 1.964.

(327) S/historia de los hechos económicos nos remitimos a HEATON H., Histoire économique de l'Europe; París, 1.950 (2 volúmenes); LACOUR-GAYET J. y otros: Histoire du commerce; París, 1.955 (6 volúmenes); ROPKE W., L'économie mondiale aux XIX^e et XX^e siècles; Ginebra-París, 1.959; LEVASSEUR E., Histoire du commerce de la France, París, 1.911 (1^a parte: Antes de 1.789).

(328) Gli investimenti esteri, cit.; pág. 123.

cantil de los griegos donde se puede descubrir la forma primitiva de inversión extranjera -si bien los fenicios ya la habían iniciado con anterioridad- mediante la instalación de sus colonias.

Roma demostró un espíritu organizador de tal envergadura que le permitió la formación de un capital que se transfería por el mundo entonces conocido. El sistema de transacciones y la redistribución -efectuada por el Estado romano, representa un signo -de organización económica notablemente desarrollado. Basta pensar en la perfección que sus calzados y medios de transporte en general alcanzaron bajo el imperio, y en el desarrollo de los países amigos y la construcción de ciudades enteras que en nuevos territorios efectuaron para verificar que en ellos -además de recursos locales- debieron efectuarse con el aditamento de "inversiones" cuya fuente procedía del propio erario romano (329).

En el terreno de las ideas, TOZZI (330) -nos descubre, urgando el pensamiento escrito de los autores griegos y romanos, como los temas relativos a las relaciones económicas con extranjeros, si no constituyeron su preocupación mayor, tampoco les fueron desconocidos.

Con el derrumbamiento del Imperio romano y el nacimiento de los débiles "sistemas" económicos independientes, se origina un movimiento de retroceso en los intercambios económicos para desembocar hacia el siglo VIII en la aparición de economías muy primarias (feudales) y prácticamente antárquicas (331). En el siglo XIII se conoce, de nuevo, una gran prosperidad (332). En ésta época se desarrolla, tanto por los

(329) Gli investimenti esteri, cit.; págs. 123-124.

(330) TOZZI G., Economistas griegos y romanos; México, 1.968. Cita textos de Platón (La república) y Aristóteles, de Marco Porcio Catón el Viejo (De agricultura), Varrón (Rerústica), Cicerón (De officiis) y doctrina de jurisconsultos romanos que delimitan un cierto pensamiento e ideología sobre las relaciones económicas con extranjeros.

(331) Sobre éste periodo es muy interesante la obra de PIRENNE H., Historia económica y social de la Edad Media; México, 1.947.

(332) El humanismo, el renacimiento, señalan el punto de partida para un nuevo sistema de organización; se realizan los mayores descubrimientos en el campo económico social, en la formación del crédito, y en su organización y desarrollo en el campo internacio

versal que dá lugar a un acercamiento de los pueblos, lo que se traduce -en el ámbito económico- en el desarrollo extraordinario de grandes mercados abiertos que, ignorando las desavenencias entre Estados, facilitan grandemente los intercambios comerciales. La larga crisis que dura, aproximadamente, desde mitad del siglo XIV a mediados del XV, amenaza la ruina del ecumenismo medieval y una represión en las relaciones económicas. Con el fin de la Guerra de los cien años comienza un periodo de prosperidad y de liberalización económica - que, favorecido por la expansión monetaria, resultado de una importación masiva de metales preciosos procedentes del Nuevo Mundo, implicó un gran desarrollo de los intercambios comerciales, y una extensión de arreglos contractuales entre Estados con la finalidad de favorecerlos (333).

Las grandes ferias y mercados (334) por un lado, y el establecimiento de los banqueros italianos y alemanes en los principales centros mercantiles (335) fueron, quizás, dos motivos esenciales para

nal a través de la formación y nacimiento de los modernos sistemas jurídicos, de las grandes bancas, -florentinas, venetas, genovesas, etc. La audacia y el desarrollo intelectual de los banqueros florentinos nos ponen de manifiesto de cuan interrelacionadas se encuentran la vida del comercio y la humanística en el Renacimiento. Hombres como los Médicis, los Pazzi, los Peruzzi, nacen de una seguridad de cultura y de inteligencia que no cabe encontrar sino donde el espíritu domina la materia (FEDE, Gli investimenti esteri, cit.; págs. 124-125).

(333) ALLAIS, La liberalisation des relations économiques internationales, cit.; págs. 7/8.

(334) De la importancia que adquieren ferias y mercados - puede obtenerse cabal idea en DOEHAERD R., Occidente durante la alta Edad Media. Economía y sociedades; Barcelona, 1.974; págs. 172, y COLMEIRO M., -- Historia de la economía política en España; Madrid, 1.863, 2 vols. (reedición, Madrid, 1.965); señala --pág. 885, Tomo II- que "eran bien conocidas en Europa las antiguas ferias de Flandes y Brabante, de Lombardía, de Inglaterra para la compra de lanas, del Laugnadoc, la Provenza y sobre todo las famosas de Troyes y Reims en la Champaña y las de Leipsick, que aún hoy tienen nombre en Alemania".

(335) Sobre los orígenes y desarrollo de la banca, como -- obras básicas cabe citar: COLLING A., Historia de la banca; Barcelona, 1.965; MARTIN A. y BLASCO A., La banca a través de los tiempos; Barcelona, 1.926; DAUPHIN-MEUNIER A., Histoire de la Banque; Paris, 1.9

que se produjese el inusitado desarrollo de los inter
cambios mercantiles que registra ésta época (336).

II.- Evolución española.- En los te
rritorios que hoy forman nuestro país, los datos que
poseemos nos muestran -en su conjunto- un panorama --
muy poco distinto al general ya descrito. Relaciones
comerciales complejas entre los pueblos asentados en
la península y los que procedían de las riberas medi-
terráneas, que muchas veces concluyeron en asentamien-
tos definitivos de éstos a través de la fundación de
"factorias" -puertos comerciales establecidos en las
costas- para convertirse, con el tiempo, en "colonias".
Algunas de las fundadas por fenicios (Ibiza, Gadir),
griegos (Mainake, Hemeroscopion, Emporion, Neapolis,
Alonis, etc.) y cartagineses (Cartago Nova, Alicante)
han sido el origen de centros comerciales y urbanos -
muy activos a lo largo de la historia.

VICENS VIVES (337) -al enjuiciar --
las causas de la colonización romana de la Península
Ibérica- señala que "no fué ajeno a ésta decisión el
valor económico de la Península, en especial sus mi-
nas" (338).

(336) Vid. MAURO F., Europa en el siglo XVI; aspectos eco-
nómicos; Barcelona, 1.969.

(337) Historia económica de España, cit.; págs. 57 y ss. Se-
ñala el autor que "la misma segunda guerra púnica --
que trajo los romanos a España, tuvo como consecuen-
cia la formación en la metrópoli de un poderoso nú-
cleo de capitalistas. La expansión imperial convir-
tió a Roma en el principal mercado mediterráneo de -
capitales; bajo múltiples formas -botín de guerra, in-
demnizaciones, explotación lícita o ilícita de los -
países conquistados ...- el dinero afluyó en masa a
la metrópoli. En el curso de un par de generaciones
Italia quedó convertida en el país más rico del medi-
terráneo. Llegados a tal extremo, comprendieron los
romanos que para conservar su privilegiada situación
debían hacer trabajar los capitales adquiridos expor-
tándolos y haciéndolos fructificar en tierras más es-
casas de dinero. De ésta forma, la exportación de ca-
pitales fué el principal instrumento en la progresi-
va conversión del imperialismo romano, político en -
su origen, en un imperialismo de neto signo económi-
co".

(338) Narra SARABIA ("Las IE en las empresas mineras en ge-
neral y de hidrocarburos en particular", en Las inver-
siones de capital extranjero en España; Madrid, 1.960;
Tomo I, pág. 396) que Salius Marius, opulento mímico,
con propiedades mineras en España fué condenado a muer-
te por Tiberio por irregularidades en los tributos,
y ésta huella histórica nos induce a la afirmación,
que no estimamos imprudente, de que el rico patricio
invertía capital, en moneda y en elementos de traba-
jo, incluso esclavos, en las explotaciones mineras -
ibéricas.

Hacia los siglos XI y XII se conocen noticias del asentamiento en los reinos españoles de numerosos mercaderes extranjeros (los italianos, por ejemplo, ya estaban presentes en Tortosa en el año 1.148 y en todo el litoral catalano-valenciano a fines del siglo XIV) (339), debiéndose a su colaboración el nacimiento de alguna de las incipientes industrias nacionales (340).

En los siglos XIII y XIV, aunque "es inútil buscar un sistema económico general o una idea rectora del desarrollo de la economía" (341) se comienzan a advertir síntomas del nacimiento de una política proteccionista (342) que habría de acentuarse progresiva-

(339) Tal vez éste movimiento inmigratorio se produjo como consecuencia de la pragmática del año 1.402 dada por Martín el Humano, permitiendo su establecimiento y negocio en todas las ciudades del Reino. Los genoveses se afincaron especialmente en Tortosa y Valencia, mientras los florentinos tuvieron notable importancia en Barcelona, donde se codeaban con los milaneses, que como agentes de la gran banca internacional lombarda hallaron en Cataluña un hueco para sus negocios. A principios del siglo XV comparecen, también, los alemanes (VICENS VIVES, Historia económica de España, cit.; págs. 166-167). Sobre banqueros italianos de los siglos XI y XII, nos remitimos a MARTÍN A. y BLASCO A., La banca a través de los tiempos; cit.; págs. 107 y ss.

(340) Tal el caso de la industria textil catalana, que VICENS VIVES achaca, no solo a la guerra con Francia (1.284-1.304) y al desarrollo de unos mercados de exportación (Africa del Norte, Sicilia, Cerdeña, Andalucía) sino al "establecimiento en Barcelona de técnicos extranjeros, sobre cuya nacionalidad no podemos emitir juicio alguno" (Historia Económica de España, cit.; págs. 183-184).

(341) VICENS VIVES: Historia Económica de España, cit.; - pág. 220.

(342) En Cataluña, las primeras disposiciones proteccionistas fueron decretadas en 1.422 por la reina María, lugarteniente de Alfonso el magnánimo, en las Cortes de Barcelona. Por una Constitución de tal fecha se prohibió la importación de toda clase de tejidos extranjeros. Más adelante, al acentuarse la crisis económica, el proteccionismo fué inscrito en la bandera del partido popular, de la Busca, el cual estimaba que solo el proteccionismo a ultranza salvaría del desastre a la economía catalana. Por eso, cuando alcanzó el poder en 1.453 obtuvo de Alfonso el magnánimo las famosas Ordenanzas de 24 de agosto de ese mismo año, que son el primer cuerpo de doctrina precursor de las famosas Navigation Acts inglesas del siglo XVII. Las Cortes de 1.481 decretaron un arancel completísimo para proteger la industria catalana (VICENS VIVES, Historia Económica de España, cit.; págs. 220-221).

mente, siguiendo el esquema general ya aludido, en los siglos posteriores, y que no dejaría de tener sus consecuencias en la entrada de "capitales extranjeros" -- (343).

En Castilla y Aragón, durante el siglo XV, es conocida la influencia que en el campo financiero ejercieran los genoveses (344) y los banqueros alemanes (345). Las famosas "ferias" castellanas van abandonando cada vez más su papel tradicional (centro de relaciones comerciales) para transformarse en instituciones marcadamente financieras (346).

La afluencia a la Corona de las riquezas del Nuevo Mundo (347) acarreó un efecto negativo sobre el desenvolvimiento económico de la nación y produjo una notable afluencia de mercaderes en las plazas españolas (348). Está bien probado que los principales be-

(343) Documentación fehaciente sobre relaciones financieras entre extranjeros y nacionales, en el siglo XIII, nos ofrece E. BENITO RUANO en su interesante monografía sobre La banca toscana y la Orden de Santiago en el XIII; C.S.I.C., Valladolid, 1.961.

(344) Asentados en la Península desde los tiempos de Fernando III y Alfonso el Sabio, señala VICENS VIVES como nuevas hipótesis de trabajo, que "los genoveses del siglo XV debieron financiar las empresas de exploración atlántica de los andaluces, acaparar el tráfico de la lana meridional y prestar dinero a los grandes terratenientes andaluces. Lo que queda claro es que establecieron en Andalucía la plataforma mercantil y capitalista que les dió en el siglo XVI vara alta en el comercio del dinero castellano (Historia económica de España; cit.; págs. 259 y 305). Vid. CARANDE R., "La economía y la expansión ultramarina bajo el Gobierno de los Reyes Católicos" en su obra siete estudios de historia de España; Barcelona (2ª ed.) 1.971; págs. 7 y ss.

(345) Nos remitimos a COLLING A., Historia de la Banca, - cit.; págs. 124 y ss.; EHRENBERG R., Le siècle des Fugger; París, 1.955; RUIZ CARNAL J., Fugger, banquero del emperador, Madrid, 1.9 ; CARANDE R., Carlos V y sus banqueros; Madrid, 1.9 .

(346) Sobre el desarrollo de las ferias y mercados, nos remitimos a VICENS VIVES, Historia económica de España, cit.; págs. 340-342; COLMEIRO, Historia de la economía política, cit.; Tomo II, págs. 885 y ss.; ESPEJO C. y PAZ J., Las antiguas ferias de Medina del Campo, Valladolid, 1.912.

(347) Detalles numéricos sobre los metales preciosos del Nuevo Mundo, pueden encontrarse en COLMEIRO, Historia de la economía política, cit.; Tomo II, págs. 1013 y ss.

(348) Sobre el comercio exterior y la balanza de pagos en tiempos del Imperio, nos remitimos a LYNCH J., Es-

neficiarios de la riqueza americana no fueron los súbditos españoles, sino tales mercaderes con correspondientes instalados en otras plazas extranjeras a donde -- afluyan finalmente el oro y la plata que llegaba de -- tierras americanas (Amberes, Génova) (349).

Se conocen ajemplos de auténtica IE en este periodo: uno en tiempos de Carlos I y otro en el de Felipe II. El primero dió en arrendamiento las minas de Almadén al banquero Fugger para que fuera amortizando los préstamos realizados por éste. El segundo, también referido a minas, fué concedido a Xedler, en 1.553, sobre territorios de las Ordenes de Santiago, Calatrava y Alcántara.

En éstas negativas condiciones afronta el reino la iniciación del siglo XVII, fecha en la que casi todos los autores --con las más variadas explicaciones-- sitúan el origen de nuestra "decadencia económica".

SEGUNDA ETAPA (siglos XVII y XVIII).

III. Evolución general.- En la evolución que, con carácter general, someramente comentamos, se identifica como una segunda etapa la que, iniciada en los albores del siglo XVII concluye con los postreros años de la centuria siguiente. En ella cabe señalar, como -- orientadores de como se desarrollaron los intercambios económicos internacionales, dos tendencias principales. Por un lado, las ideas "mercantilistas" que propugnaron una actuación de tipo proteccionista y restrictivo y, por otro, los grandes descubrimientos geográficos y la subsiguiente creación de los primeros grandes imperios coloniales.

Según los "mercantilistas" (350) --salvando --

paña bajo los Austrias; (2 vols.) Barcelona, 1.970; Tomo I, págs. 185 y ss. y Tomo II, págs. 238 y ss.

(349) Tratando de éste tema, COLLING (Historia de la Banca, cit.; pág. 144) señala que la plaza de Amberes era la "auténtica estación término de la India y de América, donde eran negociados" los productos obtenidos en aquellos territorios. Vid. ELLIOTT J.H., El viejo mundo y el nuevo (1.492-1.650), Madrid, - 1.972. Constituye un interesante ensayo sobre el -- impacto del Nuevo Mundo en la Europa del siglo XVI y comienzos del XVII.

(350) El mercantilismo no es una doctrina en el verdadero sentido de la palabra. No ha elaborado ningún sistema económico científico; no se ha preocupado por investigar el conjunto de los fenómenos económicos, ni por examinar las leyes. Se presenta, sobre todo, como un conjunto de ideas prácticas, de preceptos -- de política económica, para dar a la economía, con-

las diferencias con que se interpretó la doctrina en cada país y época- la política económica debe establecerse sobre bases eminentemente nacionalistas y - ha de tener por finalidad esencial asegurar la riqueza y el fortalecimiento del Estado, lo que ha de lograrse a través de una balanza comercial favorable y de la incentivación de la importación de especies metálicas. Controlar precios y salarios, facilitar la exportación, obstaculizar la importación de productos acabados y la exportación de primeras materias, etc. constituyen los presupuestos esenciales de su ideología (351).

siderada siempre desde el punto de vista de los intereses nacionales, una dirección política que convenga a las necesidades contingentes de la vida nacional (GRIZIOTTI J., Historia de las doctrinas económicas; Córdoba (Rep. Argentina), 1.951; pág. 49) corroborando ALLAIS (La Liberalisation des relations economiques internationales, cit.; pág. 9) el mercantilismo fué esencialmente una concepción teórica elaborada con posterioridad a que los políticos pusiesen en práctica los principios que la inspiraron. - Fué antes que nada, una política económica aparecida poco a poco bajo la presión de las circunstancias y que sólo más tarde fué erigida en sistema y justificada por los teóricos.

Los primeros escritos mercantilistas que aparecieron en Francia son los de LAFFEMAS (Les monopoles et -- trafic des ~~e~~trangeres decouverts, 1.598), y de MONTCHRETIEN (Traite de l'economie politique, 1.615). - En Italia recordamos a SERRA (Breve trattato delle cause que posono far abbondari li regui d'or e d'argento, dove non sono miniere, 1.613), BROGGIA (Treatati dei tributi e delle monete, 1.743), GENOVESSEI (Lezioni de commercio e di economia civile, 1.760). En Inglaterra es Tomás MUN el más legítimo representante (A discourse of trade of England into the -- East India, 1.609) seguido por CHILD y TEMPLE. En Alemania KLOCK, DE SECKENDORFF, BECHER y el BARON - DE SCHRODER constituyen los autores más conocidos.

(351) El espíritu mercantilista típico está condensado en la famosa "Acta de Navegación" inglesa, dictada en 1.651 (Cromwell), por virtud de la cual se reservaba a la metrópoli el comercio con sus colonias y -- prohibía la entrada en Inglaterra de cualquier producto extra-europeo que no llegase transportado por varios bajo pabellón británico. Esta ley fué suprimida en 1.849.

El "cobbertismo" francés constituye otro caso claro de aplicación práctica de las ideas mercantilistas (edictos de 1.664 y 1.667).

Durante el siglo XVIII, los tratados firmados en materia de comercio solían basarse en la concesión de ventajas particulares, exclusivas, entre los signatarios (Tratado de Menthuen entre Inglaterra y Portugal -1.703-; Tratado de los Pirineos entre Francia y España -1.659- que, a pesar de su carácter -- esencialmente político, contenía ventajas económi-

El mercantilismo es "esencialmente colonialista e imperialista" (352) y, por ello, entraña la idea de que la prosperidad de un país reside precisamente en su propia autosubsistencia, total o en el mayor -- grado posible. De ahí que, bajo su influencia, surgen las primeras grandes compañías coloniales a las -- que se debe "la apertura de la era de las grandes inversiones permanentes fuera de Europa" (353).

Pone de relieve FANNO (354) que éstos siglos contemplan la formación de las economías modernas al producirse acontecimientos que marcan el punto de partida de una nueva época. Solamente la industria de la lana inglesa empleaba, en el siglo XVIII, casi 1.500.000 obreros, mientras los holandeses desarrollaron su influencia en las colonias. Estos, que en el siglo XVII se habían limitado a fundar colonias comerciales, desde 1730 se dedicaron --al ser obstaculizado su comercio por otras naciones-- a fundar plantaciones empleando un capital relevante en las colonias propias y en las de otros Estados. Lo mismo sucede con Francia, -- que inicia los cultivos y plantaciones tan pronto como su comercio empieza a declinar en la primera mitad del siglo XVIII.

Estas inversiones "coloniales" fueron realizadas tanto por la iniciativa privada (banqueros, comerciantes) como por los propios Estados (principalmente con las miras puestas en asegurar y proteger sus intereses en los territorios bajo su denominación: fortalezas, puertos, caminos, escuadras, etc.).

cas --"cláusula de nación más favorecida"--; Tratado de 1713 entre Francia e Inglaterra, etc.). Sobre la historia del mercantilismo es interesante consultar a CONRAD J., Historia de la economía; Madrid-Barcelona, s/fecha; págs. 30 y ss.

(352) ALLAIS (La liberalisation des relations économiques internationales, cit.; pág. 9).

(353) BERTIN, L'investissement international, cit.; pág. 14. A éste respecto merece citarse el cap. LXXX del Tomo II de la obra de COLMEIRO, Historia de la economía política; cit.; págs. 1041 y ss., sobre "las compañías privilegiadas de comercio" en la que expone la teoría de que la Compañía holandesa de las Indias orientales surgió como consecuencia de la pérdida por España de los Países Bajos y la subsiguiente prohibición impuesta por Felipe II de cerrar a los barcos holandeses todos los puertos de sus dominios.

(354) FANNO M., La teoria economica della colonizzazione; Milán, s/fecha; pág. 55.

IV. Evolución española.- Al fallecer Felipe II en 1.589, la situación de nuestro país no podía presentar un cuadro más sombrío (355). El comercio, que hasta entonces estuvo en manos de genoveses, flamencos y alemanes, pasa a las de portugueses, cuya influencia fué notoria durante el siglo XVII. Franceses, ingleses y holandeses también se establecieron en el país, monopolizando casi por completo el tráfico marítimo con las Indias (356) con grave quebranto en general para los intereses nacionales (357). Algún hecho aislado no desdibuja el cuadro general (358).

Las causas que originaron la decadencia económica que se advierte en estos siglos (359) y que pro

- (355) "Aridez, deforestación, cosechas deficientes, emigración, expulsiones, extensión de las manos muertas, de las limosnas y de las vocaciones eclesiásticas, vagabundismo, desprecio del trabajo, mania de ennoblecimiento, mayorazgos, precios elevados, salarios en alza, impuestos, guerras, debilidades de los favoritos y de los propios soberanos ..." son términos empleados reiteradamente para pintar la deplorable situación del país (VICENS VIVES, Historia económica de España, cit.; pág. 375). Unáse a todo ello, una organización administrativa desorganizada y corrompida y el cuadro estará completo (sobre este aspecto vid.: VICENS VIVES, "Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII", en Conjuntura económica y reformismo burgués; Barcelona, 1.968; págs. 99 y ss.).
- (356) Sobre la importancia de este fenómeno -causa, entre los principales, de la decadencia económica española- nos remitimos a VICENS VIVES, Historia económica de España; cit.; págs. 395 y ss. y a LYNCH, España bajo los austrias, cit.; Tomo II, págs. 241 y ss.
- (357) Cita VICENS VIVES (Historia económica de España; cit., pág. 425) que, en Zaragoza, Dormer reúne una Junta Económica (1.674) para arbitrar los medios de restaurar la economía aragonesa, postrada por la intrusión de profesionales extranjeros.
- (358) Como ejemplo cabe citar la instalación en 1.622, por el belga JUAN CURTIUS y el luxemburgués JORGE LABANDE, en Santander, de una fábrica metalúrgica.
- (359) El tema que nos ocupa ha sido ampliamente tratado por la doctrina. Trabajos de extraordinario interés son los siguientes: VELARDE J., Sobre decadencia económica de España, Madrid, (2ª ed.) 1.969; SAINZ RODRIGUEZ D., Evolución de las ideas sobre la decadencia española; Madrid, 1.924; BERNUDEZ CAÑETE A., "La decadencia económica de España en el siglo XVI. Ensayo de una interpretación", en Rev. de Economía Política, Madrid, 1.956; SUREDA J.L., "La política económica española del siglo XVIII", en Rev. Anales de Economía, Vol. VI, Madrid, enero-marzo, 1.946; - SALYER J.C., "La política económica de España en la

dujeron un retraso del país, con relación al resto de Europa del que ya no se recuperaría en parte nuestra economía hasta pasados muchos años, han sido certeramente resumidas por HAMILTON (360) en un interesante trabajo.

No faltaron encomiables esfuerzos para en-

época del mercantilismo", en Rev. Anales de economía, Vol. VIII; Madrid, julio-septiembre 1.948 (nº 31); PERPIÑA GRAU R., De estructura económica y economía hispana; Madrid, 1.952; OLAGUE I., La decadencia española. Ensayo para la rectificación de la historia de España; San Sebastian, 1.9 , Tomo I (págs. 187-380). Por curioso, debe hacerse notar que Inreda y Velarde mantienen la tesis de que es impropio hablar de "decadencia" porque previamente no habían existido ningún auge en nuestra economía, tesis que no estimamos aceptable, por cuanto la decadencia no requiere sino la existencia de un cierto ritmo en el desarrollo económico de un país que, en determinadas circunstancias, se frena o paraliza. ULLASTRES A., "Notas sobre España y su economía en el siglo XVII", en Rev. Anales de Economía, Vol. XIV, Madrid, abril-julio 1.944.

- (360) HAMILTON E.J., El florecimiento del capitalismo y otros ensayos de historia económica; Madrid, 1.948. En el ensayo titulado "La inflación de beneficios y la revolución industrial (1.751-1.800)" señala los siguientes: el clima, los recursos, el sistema administrativo y las instituciones impedían competir en progreso industrial con otros países, como Inglaterra (pág. 40), la disparidad entre precios españoles y los de otras naciones aumentada por la acumulación artificial de numerario (pág. 203); los latifundios, los mayorazgos, las manos muertas, los vagabundos, la depoblación forestal, el exceso de eclesiásticos, el desprecio por el trabajo y las artes manuales, la limosna indiscriminada, los impuestos agresivos, "el excesivo número de días de fiesta" (pág. 202). En otro ensayo (Decadencia española en el siglo XVII) alude, además, a la progresiva disminución de la personalidad de los gobernantes desde Felipe II hasta el advenimiento de los Borbones, las guerras y rebeliones internas (pág. 126); una Administración cada vez más ineficiente (pág. 127), la extravagancia de la Casa Real, la codicia de los favoritos (pág. 128); la desastrosa labor de los rebaños de la Cuesta (pág. 128) y la falta de progreso técnico para reducir costos (pág. 130); las numerosas y bruscas fluctuaciones de los precios que trastornaban todo cálculo, ahogaban la iniciativa y esparcieron la desolación en la vida económica española (pág. 131).

A estas causas añaden otros autores una serie de factores reales o estructurales (PERPIÑA, VELARDE) que han incidido también negativamente sobre el desarrollo económico del país en aquellas fechas (autarquía económica de villas y ciudades; falta de primeras materias, orografía dificultosa, etc.).

derezar la torcida situación económica (361), pero sus resultados fueron escasos a lo largo de los años que comprenden el periodo que comentamos.

El viento de las ideas mercantilistas que sopla por Europa también se dejó sentir, y con fuerza, en España desde el siglo XVI. De la mano de "economistas" como LUIS ORTIZ -autor de un "Memorial para que no salgan dineros de estos Reinos" escrito en 1.558- SANCHE DE MONCADA (362), DAMIAN DE OLIVARES (363) y -- otros (364) la política proteccionista continua imponiéndose en las esferas del poder (365) y se mantiene prácticamente inalterada durante el siglo XVII, con -- los funestos resultados que ya se han indicado.

Frente a las ideas dominantes deja oír su voz el grupo de los "arbitristas" (366), que propugnan directrices, en muchos casos, diametralmente opuestas a las mercantilistas, pero que poco consiguieron en el --

(361) En 1.679 se crea -por impulso del Conde de Oropesa- la Junta de Comercio y Moneda, que fué sustituida -- en tiempos del Marqués de la Ensenada- por la Junta de Comercio, Moneda y Minas, la cual trató de fomentar la creación de Sociedades extranjeras para -- la explotación de minas, hasta entonces reservadas a su favor por el Estado.

(362) Llega éste autor a proponer que en los Puertos existiese un Tribunal de Jueces seculares que procediese por vía de Inquisición, siguiendo el estilo del Santo Oficio, contra los que importasen o exportasen -- cosas vedadas, afrentando y condenando irremisiblemente a muerte a los culpables (Restauración política de España, 1.619).

(363) DAMIAN DE OLIVARES, en un Memorial presentado en 1.620 a Felipe III, achacaba la decadencia de las fábricas textiles a la "permisión de las mercaderías extranjeras".

(364) JERONIMO USTARIZ (Teoría y práctica del comercio y de la marina, 1.724), BERNARDO DE ULLOA (Restablecimiento de las fábricas y del comercio, 1.740), MARIA NA (De monetae mutatione disputatio, 1.609).

(365) Vid. TALLADA PAULI J.M., Historia de las finanzas españolas en el siglo XIX; Madrid, 1.946; págs. 240 y ss.

(366) Vid. COLMEIRO, Historia de la economía política, cit.; tomo II, págs. 1177 y ss. Como los representantes -- más conocidos de éstas ideas cabe citar a Cellerio, Pedro de Valencia, Fernández de Navarrete, CAJA DE LERUELA (Discurso sobre la principal causa y reparo de la necesidad común, carestía general y despoblación de éstos reinos), TOMAS DE MERCADO (Tratos y -- Contratos de mercaderes), Alberto Struzzi.

terreno práctico (367) aunque no deba ocultarse que -- constituyeron una semilla que habría de comenzar a -- dar sus frutos en el siglo XVIII.

Una reforma administrativo política de la más amplia base que hasta entonces pudo imaginarse (368) constituyó la premisa indispensable para intentar poner orden en la desquiciada situación económica en que los Austrias sumieron al país.

El siglo XVIII contempló un estancamiento en la actividad del capital exterior en nuestro país. Diversas causas --entre ellas el progresivo agotamiento de nuestros recursos coloniales-- frenaron la actividad de los extranjeros en el país, produciéndose un fenómeno que, a la larga, sería beneficioso: la inmigración se hace selectiva, acudiendo principalmente técnicos, comerciantes y obreros especializados, -- cuyas actividades --si bien controladas (369)-- fueron abiertamente protegidas en tiempos de Fernando VI y, sobre todo, Carlos III.

Pasada una época en que se quebró la línea tradicional (reinado de Carlos IV hasta la caída

(367) "Los procuradores a las Cortes de Madrid de 1.588 suplicaron al Rey que los Ministros no les diesen oídos (a los arbitristas), ni sus proyectos fuesen tratados en los Consejos, y que ésta gente inoportuna, de corto entendimiento y perniciosa, fuese echada de la Corte" (COLMEIRO, Historia de la economía política, cit.; pág. 1180). MIGUEL DE CERVANTES, satiriza la actividad de los arbitristas en la segunda parte del Quijote, Cap. I.

(368) La supresión de privilegios y fueros (Valencia, 1.707; Aragón, 1.711; Cataluña, Decreto de Nueva Planta, -- 1.716; Mallorca, 1.715 y Menorca, 1.782) provocaron la uniformidad política del país y el establecimiento de Ministerios y reestructuración de Consejos, la uniformidad administrativa.

(369) En 1.714 se crea en Madrid la Junta de Dependencia -- de Extranjeros, con la finalidad de fiscalizar sus -- actividades, y en 1.773 se establece la "matrícula -- de residentes" en la que se distinguían los extranjeros útiles --que merecen la protección del Estado-- y los vagos, que deberían ser expulsados del país. Señala MOLAS RIBALTA (Los gremios barceloneses del -- siglo XVIII; Madrid, 1.970; pág. 205) que "las quejas presentadas por los gremios del siglo XVIII nos describen los métodos que se empleaban para establecer fábricas o Talleres libres. Muchos agremiados simulaban tener aprendices u oficiales extranjeros cuando en realidad formaban compañía con ellos. Este sistema, conocido como "prestar el nombre" estaba completamente prohibido por las ordenanzas".

de Aranda) (370), vuelven las aguas a su cauce y el 8 de septiembre de 1.797 se autoriza el establecimiento en España de cualquier fabricante o capitalista extranjero "aunque fuera protestante, con tal que respete la religión del país" (371). Este "edicto de tolerancia", como lo llama VICENS VIVES (372), produjo consecuencias importantes en orden al resurgimiento económico de la nación, porque -juntamente con diversas disposiciones que se citarán más adelante- proporcionó la primera de las fuerzas que necesitaba el país: las ideas renovadoras (373), la técnica industrial que, desde hace -- años, revolucionaba los tradicionales sistemas de la economía europea (374).

TERCERA ETAPA ("edad de oro de la IE privada", siglos XIX y XX, hasta la guerra europea).

V. Evolución general.- Todas las circunstancias apuntadas (375) desembocaron en la conjugación

(370) Se achaca tal política a las consecuencias de la Resolución frances, "cuyo impacto sobre la historia de España es tan decisivo, que seguimos aún viviendo -- sus últimas consecuencias" (DE LA CIERVA, Historia básica de la España actual; Barcelona, 1.974; pág. 18). Sobre éste particular creemos muy interesante -- el ameno trabajo de G. ANES sobre "La revolución francesa y España - Algunos datos y documentos", que incluye en su libro Economía e Ilustración en la España del siglo XVIII; Barcelona, 1.972; págs. 139 al 198).

(371) Sobre la evolución legislativa en éste campo es interesante examinar el estudio de SIMARRO J.M., Consideración jurídica de los extranjeros en la vida mercantil española, Conferencias del Colegio Notarial; Barcelona, 1.942; págs. 205 y ss.

(372) Historia económica de España, cit.; pág. 445.

(373) En éste aspecto mucho cabe anotar a la positiva labor realizada por las "sociedades de amigos del país", a las que ANES dedica uno de los trabajos de su obra Economía e ilustración en la España del siglo XVIII, cit.: "Coyuntura económica e Ilustración: Las Sociedades de amigos del país", págs. 13-41. Vid., igualmente, CARANDE, "El despotismo ilustrado de los amigos del país", en Siete Estudios de Historia de España, cit.; págs. 143 y ss.

(374) Nos remitimos a SARRAILH J., La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII; Méjico, 1.957.

(375) No cabe olvidar que el mercantilismo contribuyó en gran parte a la afirmación de las "nacionalidades" -- ya que --como apunta ALLAIS (La liberalisation des relations économiques internationales; cit., pág. 9) -- aunque fué restriccionista de frente al exterior, -- coadyuvó a realizar la integración económica de las

de una serie de presupuestos de toda índole que dieron lugar a configurar a los siglos XIX y XX (hasta la primera guerra mundial) como la "edad de oro de la inversión privada" (376).

Aunque con diversas alternativas en cuanto a la ideología económica vigente (377), se podría se

diferentes provincias de los Estados nacionales al - suprimir - como sucede en Francia con los Edictos de Coblert de 1.664 y 1.667- muchos de los derechos interiores estableciendo una tarifa común para todos - los países extranjeros. De todas formas, también bajo las ideas liberales se detectan movimientos similares de integración política (caso de Suiza; Constitución de 1.848) y económica (la creación en 1.834 - del Zollverein alemán).

(376) Así calificada por BERTIN (L'investissement international; cit.; pág. 15). Como se ha apuntado, en el periodo anterior a la primera guerra mundial, los movimientos internacionales de capital han constituido uno de los fenómenos más característicos de las relaciones económicas internacionales. Gracias a ellos - numerosos países han posido realizar el paso de una economía prevalentemente agrícola a otra industrial, además de contribuir de forma relevante al funcionamiento del sistema del "gold-standard", limitando -- los desequilibrios a corto plazo de la balanza de pagos, reduciendo, o al menos aminorando temporalmente, la necesidad de una acción sobre las variables económicas internas de un sistema (precios y ocupación), como requiere el funcionamiento de los mecanismos automáticos de equilibrio (ROGGERO-FOSATTI, I movimenti internazionali, cit.; pág. 86).

(377) Las ideas "liberales" surgieron ya hacia la mitad del siglo XVIII, y por la influencia de QUESNAY y Adam - SMITH pronto se propagaron a todos los países, produciéndose incluso movimientos insurreccionales en las colonias (uno de los cuales dió lugar al nacimiento de los EE.UU. en 1.789).- La Revolución francesa significa un retroceso de tal ideología, y bajo el influjo de los escritos de DUPIN y CHAPTAL en Francia, de FICATE y LISI en Alemania y HAMILTON y CAREY en - EE.UU. vuelven a hacer su aparición las doctrinas - proteccionistas, sobre todo como una protección contra la pujante riqueza de Inglaterra. No obstante, hacia mitad del siglo XVIII vuelven a cobrar nuevo brío las ideas librecambistas cuyo triunfo se consagra por la firma del tratado de comercio de 1.860 entre Francia e Inglaterra. La Guerra de Secesión americana, la crisis económica de 1.873, la entrada de nuevos países en el concierto mundial (ex-colonias españolas) y la unificación alemana e italiana abre otra etapa de proteccionismo económico -a excepción de Inglaterra- que perdurará, en líneas generales, hasta 1.913. El arancel Mac Kinley americano (1.891) representa el cenit de la política ultra-proteccionista.

ñalar que ante un denominador común librecambista, so-
tenido sobre todo por el país primate en el ámbito eco-
nómico -Inglaterra-, la IE conoce su definitivo despe-
gue y se concreta en su actual concepción (378).

Las características más acusadas que adopta
el fenómeno de la IE a escala internacional, en este -
período, podrían sintetizarse en la forma siguiente:

= Origen de la IE: entre los años 1.800 y -
1.860 fué Inglaterra el único país que, prácticamente,
llevó a cabo inversiones en el extranjero (379), pero
con posterioridad otras naciones se presentan como ex-
portadores netos de capital: Francia, Alemania, los --
Países Bajos, Suiza. Es de notar el hecho de que en és-
te período comienza la expansión internacional del capi-
tal norteamericano, si bien todavía, al iniciarse la -
primera guerra mundial, su posición era deudora.

= Destino de la IE. Ante todo hemos de seña-
lar como una característica de éste período, que la IE
se polariza hacia una série de Estados cuyos Gobiernos,
empeñados en su propio desarrollo, no controlan en ab-
soluta el ahorro exterior que en ellos se invierte, --
procediendo los exportadores a situarlos donde y con -
las condiciones que estiman más convenientes a sus pro-
pios intereses, desconociendo, muchas veces, los más -
adecuados para el país receptor.

Los países que polarizaron los principales
flujos de capital exterior pertenecieron, en primer lu

(378) KEYNES ha señalado que solo se puede hablar de IE a
partir de la época que comienza hacia el final de -
la guerra mundial (cit. por NURSKE, R., "Las Inver-
siones internacionales a la luz de la experiencia -
del siglo XIX", en Rev. Economía Política, Madrid;
Mayo 53 - Diciembre 54).

(379) La razón es clara. Inglaterra era el país más avan-
zado técnicamente y ello le obligaba a buscar nue-
vas fuentes para su desarrollo económico. Recorde-
mos que la llamada "revolución industrial" se produ-
jo, precisamente, en dicha nación a fines del siglo
XVIII y comienzos del XIX.
Según apunta BERTIN (L'investissement international,
cit.; pág. 16) Inglaterra dirigió -según los años-
entre un 30 y un 90% de su ahorro total hacia inver-
siones en el extranjero. Sobre éste particular vid.
CAIRNCROSS A.K., Home and Foreign Investment 1.870-
1.913; Cambridge, 1.954; HOBSON C.K., The export of
capital, Londres 1.914 (reeditada en 1.963); JENKS
L.H., The migration of British capital to 1.875. --
Londres, 1.927 (revisada en 1.928); COTTRELL P.L.,
British Overseas Investment in the Nineteenth Cen-
tury, Londres, 1.975.

gar a territorios situados en Ultramar, tanto colonia-
les (Congo, Indias, neerlandesas, etc.) como que hu-
bieren accedido a la independencia en un pasado inme-
diato (Estados Unidos, Nueva Zelanda, Australia, Ibe-
ro-américa -en ella, principalmente Brasil, Argentina
y Chile-); en segundo término, la IE inglesa se diri-
gió, fundamentalmente, hacia los Estados Unidos, Fran-
cia, Bélgica e incluso Alemania, donde actuó a manera
de espoleta aceleradora de su incipiente desarrollo -
industrial; por último, los capitales extranjeros fi-
jaron su atención en las propias naciones europeas --
más atrasadas (Rusia -especialmente interesante para
las inversiones francesas-, España, Italia, Grecia, -
etc.).

= Finalidad. En éste periodo que comenta-
mos, la IE siempre lo fué a largo plazo y, fundamen-
talmente, se dirigió a crear las condiciones necesarias
para una óptima explotación de los recursos económi-
cos de los países receptores. Así se observa una gran
concentración de la IE en obras de infraestructura --
(380), en primer término, y en la explotación de las -
riquezas naturales -minería, fundamentalmente- en se-
gundo lugar.

= Los flujos de IE proceden casi siempre -
del ahorro privado, porque solo excepcionalmente se co-
nocen operaciones del sector público, concretadas unas
veces en la adquisición de participaciones en ciertas
empresas (381) y otras, las más, mediante la concesión

(380) Ha puesto de relieve NURSKE ("Las inversiones inter-
nacionales a la luz de la experiencia del siglo XIX",
cit.), que hasta 1.913 los capitales extranjeros, so-
lo en una pequeña proporción, se dirigieron a inversio-
nes de tipo "colonial", es decir, a la creación de
empresas destinadas al aprovechamiento de recursos
o materias primas locales, como a menudo se supone
en teoría. Por el contrario los capitales extranje-
ros se utilizaron principalmente para la financia-
ción de grandes obras de infraestructura en los paí-
ses de nueva creación, a menudo bajo el impulso o -
el control de los Gobiernos locales.

(381) Como el caso de compra inglesa de participaciones -
del Canal de Suez por instigación de Disraeli. La -
Compañía del Canal de Suez se había constituido el
15 de diciembre de 1.858, adquiriéndose las 400.000
acciones de 500 francos cada una (en total: 200.000.000
francos) en la forma siguiente:

- Francia: 207.111

- Resto países (excepto Inglaterra): 15.247

- El Jédive de Egipto: 177.642.

En 1.875, Inglaterra adquirió las acciones del Jédi-
ve egipcio, constituyéndose con el tiempo en el so-
cio mayoritario de la Compañía.

de préstamos por un Estado a otro u otros (382).

Las IE se materializan, en gran proporción, más que a través de la constitución de sociedades en los países receptores del capital (modalidad típica de USA), en la adquisición de sus acciones, y en la tenencia de valores de renta fija extranjeros (383); se conocen también, aunque en menor entidad, modalidades como la creación de sucursales, negocios individuales, etc. Pero se trata de la época más florida de la IEC.

Si hubiéramos de efectuar un juicio crítico sobre los movimientos internacionales de capital en este periodo, creemos que coincidiríamos sustancialmente con el expresado por ROGGERO-FOSSATTI (384), para el cual "en su conjunto, puede considerarse positivo tanto para los países que efectuaron inversiones en el extranjero, como para los que recibieron el capital exterior (385) aunque no dejaron de producirse también

(382) Como señala ROGGERO-FOSSATTI (I movimenti internazionali, cit.; pág. 89) el papel del poder público en la suscripción de títulos fué siempre muy limitado, incluso en países que, como Francia y Alemania, regularon las emisiones extranjeras sobre sus propios mercados financieros, subordinándolas a consideraciones políticas y de naturaleza militar. En particular, las autoridades francesas favorecieron la emisión de títulos de renta fija rusos y de otros países políticamente relacionados, como Turquía, Austria, los países balcánicos y los de Iberoamérica.

Igualmente, en Alemania la política de IE fué utilizada sobre todo para reforzar la posición de los Estados militarmente aliados, concentrándose en éstos casi un 60% de sus inversiones, y el resto se dirigió hacia el continente americano y las colonias alemanas de Africa.

(383) Vid. SIMON M., The pattern of new British portfolio foreign investment 1.865-1.914, en la obra Capital Movements, cit.; págs. 33 y ss., y COTTRELL, British Overseas, cit.; págs. 27 y ss.

(384) ROGGERO-FOSSATTI (I movimenti internazionali, cit.; págs. 92 a 94).

(385) Señala ROGGERO-FOSSATTI (I movimenti internazionali, cit.; pág. 92) que "para los países exportadores de capital se debe recordar, ante todo, que las IE privadas, especialmente las de origen inglés, produjeron resultados óptimos a los inversionistas. Unica excepción de importancia la constituyen los préstamos franceses a Rusia que, después de la Revolución de 1.917 se perdieron en gran parte". Los mayores rendimientos de las inversiones efectuadas en el extranjero no fueron, sin embargo los ob-

tenidos por los inversionistas, sino los de sus países de origen (como ha puesto de relieve CAIRN-CROSS, Home and Foreign Investments 1.870-1.913, N. York, 1.953). En los países prestamistas — como dice ELLSWORTH, The International Economy; Londres, 1.964; — pág. 193— las industrias de exportación gozaron de mercados más amplios; su expansión permite obtener economías de escala. Las inversiones en las minas — extranjeras, en las plantaciones y en los medios de transporte garantizaron a los países industriales — las provisiones necesarias de materias primas y de alimentos; las inversiones en los ferrocarriles y — en las líneas de navegación produjeron una reducción de los costos. En los países prestatarios, las IE — proveyeron de capital para las infraestructuras sociales, presupuesto necesario para el desarrollo — económico.

El éxito de la política de las IE en este periodo — se demuestra, igualmente, por las elevadas tasas de crecimiento y desarrollo que se lograron en todos — los países que las recibieron. Las regiones hacia — las cuales, prevalentemente se dirigieron las IE se encuentran hoy en día entre los primeros países del mundo en lo que se refiere a nivel de renta per-capita.

- (386) A este respecto nos recuerda ROGGERO-FOSSATTI (I movimenti internazionali, cit.; págs. 93-94) que algunos autores (HILFERDING, Il capitale finanziario, — cit.) ponen de relieve que la política de IE por — parte de los mayores países europeos ha tenido lugar sobre el desarrollo de unas políticas coloniales implantadas hacia fines del siglo pasado. Fue, precisamente, el deseo de asegurar a las empresas — nacionales la posibilidad de estar presente en un — mercado determinado y de garantizar las IE efectuadas por sus nacionales, lo que impelió a ciertos — gobiernos europeos a intervenir por la fuerza en — Africa y Asia, repartiéndose éstos continentes en zonas de influencia garantizando, de tal forma, la tutela de los intereses nacionales.
- Consecuencias negativas se han producido — continua ROGGERO-FOSSATTI — incluso en los países que efectuaron las IE, y en particular, para Gran Bretaña. Como se deduce de datos de la época en el periodo de mayor desarrollo (1.870-1.913) las IE inglesas alcanzaron el equivalente al 4% de su renta nacional y el 40% de sus disponibilidades internas brutas de capital. En el último decenio de éste periodo (1.903-1.913), la Gran Bretaña alcanza a exportar capitales del tenor del 7-8% de su renta nacional y el 75-80% de sus disponibilidades brutas de capital. Esto, según THOMAS — "The historical Record of International Capital Movements to 1.913", en — la obra Capital Movements: proceedings of a Conference Held by the International Economic Association; N. York, 1.967— unido a los tipos elevados — de interés ofrecidos por los emitentes extranjeros, influyó negativamente sobre las disponibilidades — internas de capital y sobre su costo en un periodo

Las N.U.-(387), han cifrado las IE, a finales del año 1.913, con los datos siguientes:

PAISES ACREEDORES	Créditos		PAISES DEUDORES	Débitos	
	En miles de millo nes dóla res USA	En %		En miles de millo nes dóla res USA	En %
Inglaterra	18'0	40'9	Europa	12'0	27'3
Francia	9'0	20'4	Iberoamé rica	8'4	19'3
Alemania	5'8	13'2	USA	6'8	15'5
Benelux-Sui za	5'5	12'5	Canadá	3'7	8'4
USA	3'5	8'0	Asia	6'0	17'6
Otros países	2'2	5'0	Africa	4'7	10'7
			Otros te rritorios	2'3	5'2
	44'0	100'0		44'0	100'0

VI. Evolución española.- La "edad - de oro" de la IE representó para España el momento inicial de su "colonización económica", entendido el término en el más puro contexto tradicional. Las vicisitudes históricas por las que atravesó el país a lo largo del siglo pasado (388), unidas a una legislación

en el cual la ola de innovaciones técnicas, especialmente en la química y la mecánica, necesitaba de fuertes inversiones. Ello impidió el aumento de la productividad social del sistema inglés.

(387) International Capital Movements in the Inter-War period; Lake Success, 1.949.

(388) Telegráficamente resumimos las más importantes: Guerra independencia (1.808-1.814); Reinado del nefasto Fernando VII (1.814-1.833) que incluye conspiraciones -Espoz y Mina, Porlier, Lacy, Vidal-, sublevaciones -Riego, 1.820-, trienio liberal -1.820-1.823-, conatos de guerra civil -1.821-1.822-, intervención francesa -1.823-, decadencia -pérdida -colonias de América, 1.810-1.824-, nacimiento del Carlismo -1.827-, fusilamiento de liberales -Torrijos, Mariana Pineda, 1.831-; Reinado de Isabel II (1.833-1.868) con las guerras carlistas -1ª de 1.833 a 1.839-, pronunciamientos y sublevaciones -La Granja, 1.836, Pozuelo, 1.837, Sevilla, 1.838, Madrid, 1.840, Concha y O'Donnell, 1.841, Barcelona, 1.842, Reus, Valencia, Barcelona, 1.843, Bonet y Zurbano, 1.844, Galicia, 1.846, Cataluña, 1.848, Vicálvaro, 1.854, Cprrales, 1.855, Loja, 1.861, Prim, 1.865, Cuartel de San Gil, 1.866, Topete en Cádiz, 1.868-,

fomentadora en el campo de-la IE, no del liberalismo, sino del libertinaje más desenfrenado, se conjugaron en una perfecta simbiosis para dar lugar a una auténtica invasión de capitales extranjeros que se adueñaron -literalmente- de los resortes fundamentales de -la economía -y a veces influyeron decisivamente en las opciones políticas (389)- del país (390).

La guerra con Marruecos -1.859 a 1.861-; batalla -del Callao -1.868-, Amadeo de Saboya (1.870-1.873), primera República (11-2-1.873 al 3-1-1.874) con cuatro presidentes; golpe de Pavia (1.874), pronunciamiento de Martínez Campos (1.874) y proclamación de Alfonso XII (1.875-1.885), segunda guerra carlista (1.872-1.876), fin de la insurrección de Cuba (1.868-1.876), pronunciamientos republicanos (Badajoz, Santo Domingo y Seo de Urgel, 1.883); regencia de María Cristina (1.885-1.902), pronunciamiento republicano de Villacampa (1.886), guerra de Cuba (1.895-1.897), guerra con USA (1.898), Tratado de Paris y pérdida de las últimas colonias (1.898).

- (389) Como hace constar DE LA CIERVA (Historia básica de la España actual 1.800-1.973; Barcelona, 1.974; pág. 79) la dependencia económica trabó también sutiles lazos políticos; las compañías extranjeras supieron pronto que los intermediarios españoles, situados a veces muy alto en la escala social y política, no solo eran venales sino incluso baratos. En otras ocasiones, los lazos políticos-económicos se matizarían con peligrosas vinculaciones autonomistas, como en ciertos sectores de la franja cantábrica, o de la minería andaluza, considerados audazmente desde Gran Bretaña como maduros para una disimulada neocolonización. Por ello, a lo largo del siglo XIX, como escribe CAMPILLO (Las IE en España 1.850-1.960; Madrid, 1.963; pág. 44), Francia e Inglaterra se entregaron en España a una lucha de influencias políticas y económicas. La boda de Isabel II, punto crucial de la batalla, dió el triunfo a los franceses y mientras Inglaterra rompía sus relaciones diplomáticas con España, los banqueros de Francia se anticipaban con sus inversiones, aunque al final parece que la pugna entre los capitalistas de uno y otro país por lograr la hegemonía en el nuestro, se resolvió con una nueva entente: Francia abordó con preferencia la construcción de ferrocarriles e Inglaterra la explotación de la riqueza minera. También SANCHEZ ALBORNOZ (España hace un siglo: una economía dual; Madrid, 1.977; págs. 154 y ss) subraya este hecho al tratar de los orígenes del capitalismo financiero español.
- Sobre la etapa de expansión económica del decenio -1.856-1.867, nos remitimos a CARR R., España 1.808-1.939, 2ª ed., Barcelona, 1.970, págs. 260 y ss.

- (390) TUÑÓN DE LARA (La España del siglo XIX; Barcelona, 1.974; pág. 339) escribe que "la influencia extranjera no se limitaba a la inversión de capitales, ya que necesitaba recurrir a personal técnico, a patentes de invención y de fabricación, a maquinaria y -

En el análisis de esta etapa es preciso distinguir dos vertientes esenciales, como ha puesto de relieve SARDA (391): las deudas estatales y las IE efectuadas en el sector privado, ambas ligadas íntimamente con el problema de la balanza de pagos, "cuestión de primordial importancia para la comprensión de la historia económica del siglo XIX".

VII. España. Sector público.- La IE en el sector público de nuestro sistema económico, se canaliza exclusivamente en la concesión de préstamos instrumentados a través de las sucesivas emisiones de Deuda pública que el Estado español realiza en el exterior.

"La Deuda exterior de España, en su forma moderna, nació en el primer tercio del siglo -- XIX. La intervención de España en las guerras contra Inglaterra y en las guerras contra Napoleón dieron lugar a varias deudas con el exterior, que se reconocieron posteriormente. Los acontecimientos políticos posteriores, como la invasión francesa de 1.821 y más -- tarde la guerra civil carlista, crearon nuevas Deudas, ya que obligaron a los gobiernos españoles a acudir -- al exterior en busca de crédito" (392).

En tiempos de Fernando VII, a nuestro entender el monarca más nefasto de entre los mereciendo tal calificativo han ocupado el trono español, se inicia un rápido crecimiento de nuestro endeudamiento público con el exterior. Por un lado se establecieron convenios con Suecia, Dinamarca y Holanda (D. 11-IX-1.820) para delimitar las deudas contraídas con tales países (393). Por otra parte se contratan nuevos empréstitos con las casas Laffite de París (394), Ar-

materias primas del extranjero, de tal manera que la falta de independencia de nuestra industria era verdaderamente lastimosa".

(391) La política monetaria, cit.; pág. 251.

(392) LABRADOR (Economía político-práctica, 1.850, cap. - VII), citado por SARDA (La política monetaria, cit.; pág. 252) fija en 291'7 millones de reales el importe de la Deuda exterior española, en 1.820.

(393) CANGA-ARGUELLES, Diccionario de Hacienda, Madrid, - 1.833 (reed. Instituto de Estudios Fiscales, 1.968) voz López-Ballesteros: Memoria sobre la Real Hacienda. Tales compromisos implicaron la obligación de - devolver 598'8 millones de reales.

(394) Préstamo de 300 millones de reales, en inscripciones con un 30% de quebranto y un 5% de comisión. (SARDA, La política monetaria, cit.; pág. 253).

La desaparición completa del oro de América, circunstancia a la que se sumaba la Balanza comercial tradicionalmente desfavorable, determina -como ha puesto de relieve SOLE (397)- la llamada al crédito exterior, que caracteriza a la última etapa del reinado de Fernando VII (1.823-1.833) (398) acentuándose el vertiginoso crecimiento de la deuda exterior, al que ya se ha hecho referencia (399), estimándose -en 2.627 millones de reales la que se había contraído en el año 1.826.

A partir de las fechas señaladas el crédito exterior se convirtió en uno de los instrumentos favoritos que los sucesivos Ministros de Hacienda uti

(395) Préstamos contra entrega de inscripciones de renta, obligaciones y cédulas de premio. (SARDA, La política monetaria, cit.; págs. 253-254).

(396) Operación por un importe de 291'6 millones de reales. (SARDA, La política monetaria, cit.; pág. 254).

(397) SOLE VILLALONGA G., La Deuda pública española, cit.; pág. 21.

(398) Como señala LABRADOR, citado por SARDA (La política monetaria, cit.; pág. 254), siendo Ministro de Hacienda López Ballesteros (de cuya gestión nos dá cumplida noticia CARANDE en "Ballesteros, en Hacienda -1.823-1.832-", en Rev. Moneda y Crédito, Madrid, 1.945, nº 14) se hicieron numerosas operaciones exteriores. Fueron reconocidas una Deuda con el Tesoro francés por gastos de intervención militar por importe de 278'2 millones de reales y otra Deuda -- con Inglaterra de 60 millones de reales por indemnizaciones procedentes de la época de las guerras. Y más adelante continua el mismo SARDA (pág. 254-5): "las operaciones nuevas con el exterior se inician con un empréstito con la casa Gebhard de París, y se continúan en una serie de operaciones en las que juega un papel principal como agente financiero el banquero Aguado. Todas éstas operaciones fueron extremadamente onerosas, ya que abundan los quebrantos del 40 y 50%. En uno de los empréstitos, el negociado directamente entre el Rey y Aguado, el quebranto es superior al 70%.

(399) En conjunto, las diversas operaciones exteriores de ésta época, excluyendo los empréstitos para satisfacer las deudas anteriores reconocidas, se llega a la conclusión de que el importe total de la Deuda exterior a la muerte del Rey se eleva a más de 4.000 millones de reales (SARDA, La política monetaria, cit.; pág. 255). También nos remitimos a SOLE, La deuda pública española, cit.; pág. 23.

lizaron con inusitada frecuencia (400), produciéndose un aumento incesante en las cifras del endeudamiento con el extranjero.

Año 1.841.- Deuda Exterior española.

CONCEPTOS	Millones reales
Deuda activa	3.398'5
Créditos del Tesoro francés .	278'2
Reclamaciones inglesas	60'0
Reclamaciones americanas	12'0
TOTAL	5.857'3

Fuente: SARDA (La política monetaria, - cit.; pág. 253).

Diversas circunstancias (401) produjeron, traspasada la mitad de la llamada "gran etapa moderada" (1.843-1.868) (402), una considerable disminución de -

(400) A partir de 1.834 como escribe SARDA (La política - monetaria, cit.; págs. 255-256) con la regencia de María Cristina, la presión de la guerra carlista y, en definitiva, la situación en la economía española obliga a continuar apoyándose en el crédito exterior. Después de reconocer una deuda pendiente con los Estados Unidos, el Conde de Toreno estimó en aquel -- año, la Deuda Exterior en 4.460'4 millones de reales. También hizo un intento de arreglo general por medio de la conversión ordenada por ley de 16 de noviembre de 1.834, de la que salió un empréstito de 400 millones de reales efectivos a cambio de 700 nominales con la casa Ardoin, de París. Refiriéndose a la operación realizada por el Conde de Toreno, TALLADA PAULI señala que la reducción arbitraria de la deuda extranjera a dos tercios de su valor nominal arruinó nuestro crédito en Europa -- (Historia de las finanzas españolas en el siglo XIX; Madrid, 1.946; pág. 114).

(401) Principalmente la operación de consolidación efectuada por Bravo Murillo; los saldos favorables de la balanza comercial en los años 1.853-1.855; la entrada masiva de capitales privados extranjeros - (SARDA, La política monetaria, cit.; pág. 257).

(402) Como señala VICENS-VIVES (Historia económica de España, cit.; pág. 557) "esta gran etapa moderada tiene una importancia decisiva en la vida económica española del siglo XIX. Casi todas las instituciones decimonónicas -y aún parte de las actuales- -- arrancan de aquellos años: reajuste de la Hacienda y de los tributos, establecimiento del Banco de España, creación de la Guardia Civil, asentamiento -

nuestra Deuda exterior (403), lo que sin duda debió - constituir un incentivo para que los gobernantes de - la "Gloriosa" (404) reiniciasen, de nuevo, una escala da de singular importancia (405), provocando, a menu - do, fricciones entre grupos financieros extranjeros - que operaban en Madrid (406) de los que no obtuvieron

definitivo de la administración provincial, ley de Instrucción Pública, etc. En el campo de la econo - mía estricta, los moderados iniciaron el equipamien - to industrial moderno, favorecieron la construcción de ferrocarriles, apoyaron la industria textil y - desarrollaron el capitalismo financiero. Además, - en este momento se suelda el triángulo que hasta - 1.931, por lo menos, va a regir las actividades fi - nancieras económicas y políticas del país. Tal -- triángulo tiene un vértice en la industria textil catalana, otro en la agricultura castellana (y anda luza, por tanto) y un tercero en los ferreteros -- vascos. Siderúrgicos, cerealistas y algodóneros -- constituyen un sólido triángulo, mucho más efecti - vo que cualquier combinación ministerial, política o militar. Ellos son los que mandan. Mandarán du - rante el período moderado, e incluso serán los due ños del país durante la Restauración".

(403) En 1.867 se fija en la cifra de 1.025 millones de pesetas (se debe tener presente que la cifra de -- 6.494'4 millones de reales de 1.849 representaban 1.623'6 millones de pesetas), lo que representa -- una disminución, entre ambas fechas, de 598 millo - nes de pesetas. Según ORTI BRULL (La cuestión mone - taria, Madrid, 1.893) la Deuda exterior española - se eleva en 1.868 a 1.434 millones de pesetas (pág. 257).

(404) Sobre la Rev. de 1.868.- CIERVA, Historia básica - de la España actual, cit.; págs. 82 y ss. ARTOLA - M., La burguesía revolucionaria (1.808-1.874), to - mo V de la Historia de España Alfaguara, (2ª ed.) Madrid, 1.974; págs. 363 y ss. SANCHEZ ALBORNOZ N., "El trasfondo económico de la Revolución" en Rev. de Occidente, octubre 1.968, nº 67; págs. 39-63, y La Revolución de 1.868, N. York, 1.970.

(405) Desde 1.868 a 1.869 la Deuda reincrementa en 411 - millones (ORTI BRULL, La cuestión monetaria, cit.).

(406) Como ha puesto de relieve ANES, "Las IE en España de 1.855 a 1.880", en Ensayos sobre la economía es pañola a mediados del siglo XIX, cit.; pág. 199: - "Al establecerse -escribe ANES- en 1.866-67, el -- Credit Lyonnais en Madrid, encuentra en plena lu - cha a los dos grupos rivales de los Rothschild y - los Péreire, por un lado, y a un sindicato formado por banqueros de París y establecimientos france - ses por otro. Los primeros solicitaban ayuda finan ciera para sus líneas ferroviarias, problema en el que no estaban interesados los segundos, que trata ban de que el apoyo fuese a sus propias combinacio

En los años que siguieron -Reinado de Amadeo de Saboya, primera República, Restauración borbónica- se continua haciendo uso del crédito exterior en condiciones francamente onerosas (407), consumándose la venta de las minas de Rio Tinto a una casa inglesa, por la cifra ridícula de 98 millones de pesetas. Si en 1.869 - la Deuda con el extranjero alcanzaba la cifra de 2.444 millones de pesetas, cinco años más tarde se había incrementado en 1.395 millones, para alcanzar en 1.877 -- los 4.379.

Una de las operaciones más habilmente preparadas (Ministro de Hacienda COS-GAYON) y ejecutadas (Ministro de Hacienda CAMACHO, ley de 29-V-1.882) hizo descender nuestro endeudamiento exterior a límites insospechados, reduciéndolo a solamente 1.930'6 millones de pesetas (408).

Los problemas que planteó la adquisición de títulos de la Deuda exterior por españoles (409) exigió la adopción de ciertas medidas que tratasen de atajar -

nes. El embajador de Francia señala, en febrero de 1.868, refiriéndose a los problemas que planteaban y a las luchas que ocasionaban los empréstitos gubernamentales, el gran número de intereses y de pasiones puestas en juego. El Gobierno español podría haberse beneficiado de esas luchas, y sin embargo, no supo aprovecharse de ellas".

(407) La casa Rothschild otorga un préstamo de 302 millones de pesetas de valor nominal, entregando tan solo 100 millones de pesetas efectivas. El Banco de - París toma 147 millones de Bonos del Tesoro, al tipo del 66%. En Berlin, París y Londres se emitieron 450 millones de pesetas nominales, al cambio del 31%.

(408) Sobre circunstancia de ésta operación, vid.: SOLE, La Deuda pública española, cit.; págs. 36 y ss.; -- SARDA, La política monetaria española, cit.; págs. 258-259.

(409) SARDA (La política monetaria, cit.; pág. 259) y SOLE (La Deuda Pública española, cit.; pág. 37) comentan el fenómeno que se produjo por entonces, al coincidir la operación de conversión con una crisis internacional que tubo su foco principal en la Bolsa de París (como anota RAVENTOS, "Notes sobre el diner espanyol" en Rev. de Catalunya, nº 87; cit. por SARDA). Los tenedores extranjeros optan por deshacerse de su inversión, lo que aprovechan los españoles para adquirir los títulos al bajar su cotización, con lo que lograron obtener títulos cuyo pago debía efectuarse en divisas, lo que se tradujo en un deterioro del cambio exterior de la peseta que alcanzó su mínima cota en 1.897-98.

la costumbre adquirida y evitar el drenaje de divisas en favor de súbditos españoles. La principal consistió en la implantación del "affidavit" o declaración exigida a los propietarios de títulos de Deuda exterior (410) con objeto de no satisfacer en el exterior más que a titulares realmente extranjeros. Con ello se puso de manifiesto que la Deuda exterior era poseída por españoles casi en su 50%, con lo que por aquel procedimiento se produjo una disminución importante de las cifras de la misma -que en 1.898 era de 1.966'4 millones- hasta 1.225'9 millones a fines de 1.902 y a 1.031 millones al término del año siguiente.

Fechas	Millones ptas.
30 de junio de 1.898	1.966'5
30 de junio de 1.899	1.919'5
31 de diciembre de 1.899	1.626'3
31 de diciembre de 1.900	1.398'1
31 de diciembre de 1.901	1.257'0
31 de diciembre de 1.902	1.031'1

Reducción de la Deuda Exterior, como consecuencia del "affidavit".

Fuente: SOLE, La Deuda pública, cit.; pág. 41.

Para despedir ésta faceta de la historia de la IE en nuestro país y referida al periodo que -- concluye con la iniciación de la primera guerra mundial, nos parece adecuado consignar las cifras relativas a la Deuda pública extranjera en circulación en los años que se citan, con objeto de obtener una ilustrativa visión de conjunto.

(410) La ley de 17-V-1.898 (art. 5º) autorizaba al Gobierno para que solo se pagasen en el extranjero los cupones de títulos pertenecientes efectivamente a extranjeros. Para ello la O.M. de 20-VI-1.898 ordenó que los poseedores extranjeros de Deuda española debían presentar ante las Delegaciones de Hacienda de España en el exterior los títulos poseídos, acreditando su propiedad y la nacionalidad extranjera. El D. de 13 de Mayo, la ley de 2 de agosto y el D. del 10 de agosto, todos de 1.899 completan el cuadro legislativo de las medidas adoptadas. La operación de "affidavit" fué continuada por FERNANDEZ VILLAVEVERDE, y subsistió hasta 1.914.

AÑOS	DEUDA PUBLICA EN CIRCULACION
1.900	1.398'1 Nominal mills. ptas.
1.901	1.257'0 " " "
1.902	1.031'1 " " "
1.903	1.029'2 " " "
1.904	1.029'0 " " "
1.905	1.028'9 " " "
1.906	1.029'3 " " "
1.907	1.029'1 " " "
1.908	1.027'8 " " "
1.909	1.028'1 " " "
1.910	1.027'9 " " "
1.911	1.027'9 " " "
1.912	1.027'9 " " "
1.913	1.027'9 " " "
1.914	1.027'9 " " "

Fuentes: SOLE, La Deuda pública, cit.; pág. 28.

ANES, Las IE en España, cit.; pág. 202.

SARDA, La política monetaria, cit.; 261.

VIII. España. Sector privado.- El aspecto - histórico de las IE en el sector privado de nuestra -- economía durante la "edad de oro", aunque analizado -- por la doctrina, no ha merecido todavía la atención -- que, creemos, precisan una serie de acontecimientos de extraordinaria importancia que marcaron definitivamente la historia y la evolución de nuestro desenvolvimiento económico hasta la actualidad (411).

En el análisis de la etapa que comprende el

- (411) Estudios de carácter general pueden citarse: SARDA, La política monetaria; cit.; págs. 262 y ss. ANES: "Las inversiones extranjeras en España de 1.855 a 1.880" en Ensayos sobre la economía española, cit.; págs. 187 y ss. CAMPILLO M., Las inversiones extranjeras en España (1.850-1.950); Madrid, 1.963. SAINZ F., "Historia de las IE en España", en Boletín de - Estudios Económicos, Universidad de Deusto, Bilbao, 1.965, nº 65; págs. 373 y ss. TAMAMES: Estructura económica de España, cit.; 4ª ed. págs. 729 y ss. VICENS VIVES, Historia económica de España, cit.; - págs. 551 y ss. VARIOS AUTORES; Ensayos sobre la -- economía española a mediados del siglo XIX; Madrid (Banco de España), 1.970. LA COMBA J.A., Introducción a la historia económica de la España contemporánea, Madrid, 1.969.

podrían distinguirse tres etapas esenciales: la primera, hasta el año 1.855; la segunda, desde tal fecha, - concluiría en 1.898 y la tercera que abarca hasta 1.914.

Los acontecimientos principalmente económicos, unidos a los múltiples avatares políticos de aquellas épocas, han sido los criterios dominantes, y lógicos, que nos han ayudado a establecer tal distinción.

VIII. 1.- 1.814-1.855.- La primera etapa identificada se caracteriza, más que por la llegada masiva de capitales extranjeros (412), por la creación de las condiciones que desembocaron en un clima propicio para la afluencia masiva de aquellos. Podría calificarse esta etapa como la del "despegue" de la IE en nuestro país.

Diversas circunstancias que se produjeron en aquellos tiempos, vinieron a crear una actitud económica nueva a pesar de encontrarse el país sacudido por el comienzo de las guerras civiles (guerras carlistas) y las disensiones de todo orden en el terreno de la política (413). Estos acontecimientos son, fundamentalmente, la creación de un incipiente sistema financiero (414), la devolución a la propiedad particular de enor

(412) Como pone de relieve SAINZ (Historia de las IE en España, cit.; págs. 378 y ss.) no cabe hablar de IE propiamente dichas, ya que tan solo existen algunos proyectos en minas y ferrocarriles, otorgándose ciertos privilegios para su construcción, pero tales deseos no llegan a materializarse. Por otra parte -a nuestro entender- no cabe olvidar que por entonces regía una política fundamentalmente restrictiva (Arancel de Carlos IV de 1.802), lo que impedía, de hecho, la entrada de capital extranjero en el país. Esta política proteccionista fué confirmada por el Arancel de 29-X-1.825, - línea que comienza a quebrarse en el de 9-VII-1.841.

(413) Al periodo comprendido entre 1.833-1.875 le ha calificado P. VILAR (Historia de España, Paris, -- 1.963; pág.) como la "era de los pronunciamientos".

(414) Nos remitimos a: FORNIES A., La vida comercial española (1.829-1.855); Zaragoza, 1.968, págs. 154 y ss. TALLADA PAULI J.M., Historia de las finanzas españolas, cit.; págs. 204 y ss. TORTELLA G., La evolución del sistema financiero español de 1.856-1.868; en Ensayos sobre economía española, cit., - págs. 17-146. El Banco de España entre 1.829-1.929. La formación de un Banco central, en Banco de España: El Banco de España. Una historia económica, Madrid, 1.974. CABANA F., La Banca a Catalunya. Apunts para una historia; Barcelona, 2ª ed., 1.966. CANO SA R., Un siglo de Banca privada, 1.845-1.945; Ma-

mes masas de riqueza acumulada durante siglos en las "manos muertas" (415), el saneamiento del sistema -- fiscal (416) y los síntomas de una incipiente industrialización que han sido calificados como la "revolución industrial en España" (417), todo lo cual se

drid, 1.945. GALVARRIATO J.A., El Banco de España. Constitución, historia, vicisitudes y principales episodios en el primer siglo de su existencia; Madrid, 1.932. FONTANA J., La vieja Bolsa de Barcelona (1.851-1.914), en Documentos y estudios del Ayuntamiento de Barcelona, Vol. VIII; 1.961; VOLTES BOU P., Las cotizaciones en la Bolsa de Barcelona; en Cuadernos Historia económica Cataluña, Barcelona, - 1.976. TORRENTE J.A., Historia de la Bolsa de Madrid, 2 Vols.; Madrid, 1.975.

(415) La "desamortización" presenta tres facetas:

- 1ª) Desvinculación de patrimonios.- Leyes de 6/8/1.811; 11/12/1.820; 30/8/1.836; ley desamortizadora general de 1/5/1.855 (suspendida 14/9/1.856 restablecimiento de ley general en 2/10/1.858.
- 2ª) Desamortización civil.- Leyes de 4 de enero y 8 de junio de 1.813; 29/6/1.822; 6/3/1.834; 18/5/1.837; ley desamortización general 1/5/1.855 -- (suspendida 14/9/1.856); restablecimiento ley general en 2/10/1.858.
- 3ª) Desamortización eclesiástica.- Leyes de 17/6/1.812 25/10/1.820; 11/10/1.835; 29/7/1.837; 2/10/1.841; 9/4/1.845; Concordato de 16/3/1.851; Ley desamortizadora general de 1/5/1.855 (suspendida 14/9/1.856 restablecimiento ley general en 2/10/1.858.

Estas disposiciones coinciden con las etapas de las Cortes de Cádiz (1.810-1.814), el trienio liberal - (1.820-1.823) y las épocas de Mendizabal (1.837) y de Mador (1.855).

La bibliografía sobre esta cuestión es relativamente abundante. Nos remitimos a: MARTIN T., La desamortización (Textos político-jurídicos comentados), Madrid, 1.973. TOMAS F., Planteamientos políticos de la legislación desamortizadora, en Rev. Crítica Derecho Inmobiliario, Madrid, 1.969, nº 473; págs. 9 y ss., reelaborador con el título "El marco político de la desamortización en España", Barcelona; 2ª ed., 1.972. LACOMBA J.A., Introducción a la historia económica, cit.; págs. 43-55. JOVELLANOS, Informe sobre Ley Agraria (en Rev. Inf. Com. Esp.). VICENS VIVES, - Historia económica de España; cit.; págs. 567 y ss. BRINES J., Deuda y desamortización durante el trienio constitucional, en Rev. Moneda y Crédito, Madrid, marzo 1.973; págs. 51 y ss. HERR R., Significado de la desamortización en España, en Rev. Moneda y Crédito, diciembre, 1.974, págs. 55 y ss. SIMON F., - La desamortización española del siglo XIX, Madrid, 1.973.

(416) Nos remitimos a ESTAPE F., La reforma tributaria de 1.845, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.971; TOLEDANO E., Curso de Instituciones de Hacienda pública de España, Madrid, reimpresión 1.963, - tomo I; TALLADA PAULI, Historia de las finanzas españolas, cit.; págs. 77 y ss.

(417) Se admite como fecha que inicia la revolución industrial en nuestro país, la de 1.820 año en

nuestro país (418) y sobre todo, de una generación - de hombres de empresa que, dotados de una mentalidad nueva, y a despecho de los malos vientos que hacían soplar los clanes de la política palaciega, supieron ir forjando las sucesivas etapas que reclamaba con - urgencia una modernización del país (419).

Como ha puesto de relieve ANES (420), hasta 1.848 las IE privadas y hacia el sector privado, son nulas o casi nulas, y solo se importan capitales a través del Estado (Deuda exterior).

Dos normas fundamentales, dictadas al final de éste periodo (el R.D. de extranjería de 17 de noviembre de 1.852 (421) y la ley de 4 de diciembre de 1.855, sobre derecho de "Asilo" (422) indican claramente cual era el espíritu existente respecto a la atracción del capital foráneo, del que tan necesiudo estaba el país.

los procedimientos siderúrgicos modernos (altos -- hornos y cubilote). Vid. NADAL OLLER J., Los comienzos de la industrialización española, en Ensayos - sobre economía española, cit.; págs. 203 y ss. y - El fracaso de la revolución industrial en España, 1.814-1.913, Barcelona, 1.975; SANCHEZ RAMOS F., - La economía siderúrgica española. Estudio crítico de la historia industrial de España hasta 1.900; - Madrid, 1.945; JUTGLAR A., L'era industrial a Espanya; Barcelona, 1.962; CARR R., España 1.808-1.939, cit.; págs. 374 y ss.; VICENS VIVES, Historia económica de España; cit.; págs. 669 y ss.

(418) Vid. TORTELLA CASARES G., Los orígenes del capitalismo en España; Madrid, 1.973.

(419) ARTOLA (La burguesía revolucionaria, en Historia de España Alfaguara, cit., tomo V; págs. 79-80) cita como causas de nuestro subdesarrollo: 1) La carencia de capitales; 2) la limitación del crecimiento demográfico; 3) los costos del transporte terrestre; 4) la insuficiencia de recursos energéticos y 5) el bajo nivel cultural.

(420) Las IE en España, cit.; pág. 202.

(421) El art. 18 establecía que "los extranjeros pueden adquirir y poseer bienes inmuebles, ejercer las industrias y tomar parte en todas las empresas que - no estén reservadas por las leyes y disposiciones vigentes a súbditos españoles".

(422) El art. 1º sentaba como premisa fundamental que "el territorio español es un asilo inviolable para todos los extranjeros y sus propiedades", no pudiendo confiscarse sus propiedades -añadía el art. 3º- ni aún en el caso de hallarse España en guerra con la nación a que éstos corresponden.

Desde 1.854 -como ha puesto de relieve CARR (423)- el sueño de la economía "moderna" que se desarrollara hacia la prosperidad, había rondado la imaginación de los españoles progresivos. La brecha entre España y Europa no se veía ya como un problema intelectual, como un retraso en la cultura, sino como un hecho económico.

En éste periodo asistimos a la creación de la primera gran sociedad minera de capital extranjero: la Real Compañía Asturiana de Minas de Carbón (R.O. 14 noviembre 1.853) (424), de capital integramente belga, y que constituiría un ejemplo a imitar para el capital europeo que pronto descubrió las ventajas de invertir en éste sector y otros sectores de nuestra economía.

VIII. 2.-1.856-1.898.- Pese a las innegables convulsiones que agitaron al país, tanto en el ámbito interno como en el internacional, el periodo comprendido entre los años 1.856 y 1.898, merece el calificativo de "edad de oro de la IE en España" y sobre todo al decenio 1.877-1.886, porque en este tiempo, frente a un claro periodo de crisis y recesión en el resto de Europa, nuestro país conoció un evidente periodo de crecimiento económico, alentado por una cierta relativa paz interior -derivada de la Restauración (425)- y una serie afortunada de circunstancias económicas coyunturales (426).

(423) España, 1.808-1.939 ; cit., pág. 374.

(424) El hecho de que ésta sociedad, como tantas otras de la época, aparezcan aprobadas por una disposición legal, se debe a la ley de sociedades por acciones de 28 de enero de 1.848, que disponía la necesidad de que la constitución de estas sociedades se aprobara en virtud de una "ley" (caso de Bancos de emisión, construcción de carreteras, canales de navegación y caminos de hierro, o empresas de interés público que pidan un privilegio exclusivo; art. 1º) o de un "Real Decreto" (en los casos restantes; art. 3º) previa presentación de solicitud, lista de suscriptores, escritura social, estatutos y reglamentos (art. 6º). Este ley fué derogada por la de 19 de octubre de 1.869, que declara libre la creación de toda clase de sociedades anónimas (art. 1º), con tal de que el contrato de constitución conste en escritura pública (art. 2º).

(425) Para una amena descripción de estos años nos remitimos a FERNANDEZ ALMAGRO M., Historia política de la España contemporánea, 1.868-1.885; Vol. I, Madrid, 1.968.

(426) El convertidor de Bessemer y la filoxera crearon una demanda imprecedentes de mineral de hierro y de vinos; a partir de 1.882 el mercado cubano absorbió buena parte de los excedentes catalanes; -

No dejó de coadyuvar -y en forma determinante- a este flujo de capital extranjero, la política libre cambista instaurada a partir de la revolución septembrina (1.868) cuyo punto más álgido se alcanza - en las progresivas reducciones del arancel, llevadas a cabo por Figuerola (1.869) (427).

En ésta etapa sobresalen dos países como proveedores de capital al sector privado: Inglaterra y Francia. El capital inglés se polariza, principalmente, hacia la minería (428), los ferrocarriles (429) y -

la construcción ferroviaria aumentó de forma dramática ... Parece que en España una expansión post bélica (liquidación guerra carlista) eliminó las consecuencias de la depresión europea, la industria textil (algodonera y lanera) y la siderúrgica y naval conocieron momentos de auge esplendoroso (CARR, España 1.808-1.936; cit.; págs. 375 y ss.).

(427) Las consecuencias del libre cambismo económico ("tan universal como ingenuo") adoptado por Figuerola y secundado por un futuro hombre del liberalismo -- teórico, Segismundo Moret, han sido severamente enjuiciados por LA CIERVA al señalar que "ante todo la riqueza minera española, excepcional en Occidente, se pone como un regalo a disposición de Inglaterra y Francia, que se dedican a esquilmarla sistemáticamente entre 1.869 y 1.880 (Historia básica, cit.; pág. 101), opinión en la que coincide con VICENS VIVES (Historia económica de España, - cit.; pág. 597).

(428) El 11-IV-1.849 se promulga una ley de minas, sustituida en 1.859 (6-VII) y modificada a su vez por la ley de 4-III-1.868. Esta legislación, liberal - en extremo, actuó como poderoso imán del capital extranjero, dando lugar a la institución de: Tharsis Sulphur (1.866), Orconera Iron (1.873), Rio Tinto Mines Co. Ltd. (1.873), Seville sulphur and cooper (1.873). Sociedades francesas fueron: Société franco-belge des mines de Somorostro (1.876), - Compagnie d'Aguilas (1.881), Société Minière et metallurgica de Peñarroya (1.881), Société française des Pyrites de Huelva (1.899).

(429) Como señala CAMPILLO (La IE en España, cit.; pág. 58) el capital extranjero, y arrastrado por éste, también el nacional respondieron ampliamente a la protección que les brindaban las normas vigentes y, a favor de una propia coyuntura europea, la construcción de ferrocarriles vivió un decenio de máximas realizaciones. Bien es verdad que la inversión en los ferrocarriles españoles tenía como aliciente:

- a) estar prácticamente ultimadas las redes europeas;
- b) el elevado rendimiento obtenido por inversiones análogas en otros países;
- c) el bajo costo de la construcción como consecuencia de existir mano de obra abundante y barata y
- d) las facilidades reci-

servicios públicos (430), mientras que los franceses - se dirigen, además, a los servicios financieros (431).

Aparte de ingleses y franceses, también, con prontitud e importancia, aparecieron los capitales bel

bidas para expropiar terrenos y para importar maquinaria.

La primera disposición sobre ferrocarriles data de 31-XII-1.844, por virtud de la cual se adoptó el sistema de otorgamiento de "concesiones". El régimen de libertad se vió consolidado y aún aumentado por las leyes de 3-VII-1.855 y 27-XI-1.877. Aparte de los ferrocarriles mineros construídos para la explotación de los criaderos, ingleses fueron los que proyectaron los ferrocarriles de León-Avilés (KEYLE) y Madrid-Valencia, así como el Barcelona-Mataró (LOCKE) primero en inaugurarse en el país (1.848) aunque fué financiado también por capital español en su 50%. Los ferrocarriles de Zafra-Huelva, Lorca-Baza y Alcoy-Gandía se construyeron con capital integramente inglés y era importante su cuantía en el Sarriá-Barcelona (1.874). El ingeniero francés FLACHAT intervino en la formación del proyecto del ferrocarril - Madrid-Aranjuez (proyecto original del español MIRANDA), pero su realización fué del capital español integramente (1.851).

La línea de Langreo, aunque concebida por españoles (ELDUAYEN) fué supervisada por extranjeros (FLACHAT y WOODHOUSE) y financiada en parte con capital francés.

En 1.856 se forma la gran compañía M.Z.A. como consecuencia del traspaso que de sus concesiones realiza el marqués de Salamanca a la casa Rothschild y Gran Central de Francia.

En el ferrocarril del Norte de España figuran como accionistas, en 1.861, la Société Générale de Credit Mobilier Français, la anónima española, etc.

Igualmente existe capital francés en el ferrocarril de Pamplona-Zaragoza, de Montblanch a Reus, de Córdoba a Sevilla, de Sevilla-Cádiz, Medina del Campo-Salamanca.

(430) En tranvías, se crea en 1.887 la Compañía The Seville Tramways, y en suministro de aguas, en 1.883 la The Seville Water Works y Aguas de Santander (1.881), Aguas de Barcelona (1.892). En teléfonos: Sociedad General de Teléfonos de Barcelona (1.890), Madrileña (1.895), etc.

(431) Por ley de 22 de enero de 1.856 se autoriza la constitución de sociedades de crédito, y así aparecen - en ese mismo año, el Crédito Inmobiliario Español - (con capital mayoritario francés), origen del actual Banco Español de Crédito (1.902) y la Sociedad General de Crédito de España, S.A. (también con capital galo). El Banco Hipotecario (ley 2-diciembre-1.872) se creó por el Banco de París y de los Países Bajos.

ga (432) y, en menor entidad, alemán (433), suizo (434) e incluso, portugués (435).

Tampoco es ajena esta entrada de capitales, a los pingües negocios que se montaron sobre los bienes desamortizados, y a los que no fué ajeno el capital extranjero (436).

A partir de 1.887 comienza a dibujarse una -- crisis económica en el país, cuyas consecuencias se ve rían profundamente ahondadas por las singladuras polí ticas que acarrearón, al final del periodo que comenta mos, la pérdida de los últimos restos de nuestro inmen so imperio colonial. El "desastre del 98" marca la -- emancipación de la Corona española de Cuba, Filipinas y Puerto Rico (437).

(432) En minería, junto con capital francés, en Sociéte - Franco-Belge des mines de Somorrostro (1.876) y so lamente belga en la Cie. des mines et chemins de fer de Batares (1.887).

La Real Compañía Asturiana de Minas de carbón, osten tó el monopolio absoluto del cinc durante casi un - siglo, en el mercado español. En 1.853 suprime par te de su denominación social (de carbón).

En la Compañía Ferrocarril del Norte de España figu ra capital belga junto al francés (Sociedad General de Bélgica para el Fomento de la Industria Nacional; Banca de Bélgica). Con totalidad de capital belga - se puede citar el ferrocarril de la Sierra de Carta gena (1.895).

Tranvias.- Sociéte Général de tranways de Madrid et d'Espagne (1.886). Tranvias Eléctricos de Tenerife (1.898).

Aguas.- Compagnie des Services d'Eau (1.893, sumi-- nistro de agua a Carmona y Morón de la Frontera), - Sociedad Aguas de Alicante (1.898).

Electricidad.- Sociedad Electricidad de Las Palmas (1.898).

Otras.- Sociéte Belge de la Forest du Paular (1.879). Wagons Lits (1.876).

(433) Aportación a Compañía General Madrileña de Electri cidad, a través de AEG.

(434) Existe aportación de capital suizo en Compañía Se villana de Electricidad (1.894).

(435) En el ferrocarril de Salamanca a la frontera de -- Portugal, Cía. fundada el 8-I-1.885, el capital -- portugués tenía una representación importante, has ta el punto que más de la mitad de los Consejeros de la Compañía eran portugueses.

(436) SANCHEZ ALBORNOZ, España hace un siglo, cit.; pág. 159, nota pié página nº 4.

(437) Sobre el episodio de la pérdida de Puerto Rico -tan diversamente interpretado- aconsejamos la lectura

También antes de concluir esta segunda etapa, se produjo un hecho de importancia excepcional, y que marcará una directriz para los años siguientes, en materia de IE. Nos referimos a la publicación en 1.891 (31 de diciembre) de un arancel proteccionista que implica, en opinión de PERPIÑA (438) el comienzo de la puesta en marcha de la ilusión antárquica, que inaugurará la protección agraria y refuerza en sumo grado la industrial (439).

VIII.3. 1.899-1.913.- La pérdida de las colonias ultramarinas significó -al principio de este -- tercer periodo (1.899-1.913)- un movimiento de cierta importancia en las aportaciones de capital exterior cuyos titulares eran súbditos españoles y cuyo origen se localizaba en los territorios recientemente emancipa--

de la obra de RIVERO A., Crónica de la guerra hispano-americana en Puerto Rico, 1.921; reeditada -- por Edil, Río Piedras, Puerto Rico, 1.972.

(438) PERPIÑA Y GRAU R., De economía hispana, infraestructura, historia, Barcelona, 1.972; págs. 71 y ss.

(439) Como pone de relieve VICENS VIVES (Historia económica de España; cit.; págs. 637 y ss.) el siglo XIX fué de dura y porfiada batalla entre librecambistas y proteccionistas; señalando los primeros que el proteccionismo obedeció tan solo al deseo de la burguesía de ganar dinero a costa del consumidor - (y en éste sentido se achaca buena culpa a la burguesía catalana, y aún se sitúa en esta toma de -- postura el nacimiento de su regionalismo político como arma amenazadora). Los proteccionistas arguían, por el contrario, que solo un arancel de tal signo podría potenciar el incipiente desarrollo industrial. VICENS establece, al respecto, cuatro fases bien diferenciadas: 1ª) 1.815-1.841 de proteccionismo a ultranza e inevitable como único remedio para superar las consecuencias de la Guerra de la Independencia y la pérdida de las posesiones americanas; 2ª) 1.841-1.848 de proteccionismo enmascarado; 3ª) 1.869-1.891 de librecambismo exacerbado, impuesto por las ideas aplicadas en Europa y para superar -- la grave crisis económica de 1.866 y 4ª) 1.891 en adelante, de triunfo del proteccionismo, línea que se implantó por las presiones de la industria catalana, la metalurgia vasca y los cerealistas castellanos y que perduró y se subrayó con la pérdida -- de las últimas colonias (1.898). El arancel aprobado en tiempos de Carlos IV (14- abril-1.802) señaló el tránsito del sistema mercantilista al proteccionismo de tipo decimonónico, al decir de los autores.

Nos remitimos, también a TORTELLA, Los orígenes del capitalismo en España, cit.; págs. 304 y ss.; PUGES M., Cómo triunfó el proteccionismo en España (La -- formación de la política arancelaria española); -- Barcelona, 1.931.

— examinado someramente, posee un interés radical para comprender la resistencia de la economía española después de 1.898 (441), y explica en parte el por qué, — pese a todo, el siglo XIX no termina con una España — sin pulso, ni en la política ni en la economía, sino — que, por el contrario, aparece entonces en el campo — económico una generación poderosa, activa y dinámica, a la que se deberán en el decenio 1.900-1.910 tres de las grandes transformaciones económicas del siglo XX: el progreso agrario, la revolución de las industrias — y la aparición de la red bancaria contemporánea (442).

Se siguen creando empresas por parte del
• capital extranjero, solo o con participación del capital español (443), pero se comienza a detectar una corriente legal restrictiva en el acceso del mismo a — nuestro sistema económico (444).

(440) Historia económica de España; cit.; pág. 655.

— (441) VICENS VIVES (Historia económica de España, cit.; pág. 655) calcula que en 1.899 España recibió 235 millones de pesetas, de los cuales 180 procedentes de Argentina, 25 de otras repúblicas americanas, — 10 de Argelia y 20 de repatriación de capitales cubanos. En 1.902 el importe de la repatriación ascendió a la considerable suma de 1.200 millones de pesetas. En 1.904, la Deuda exterior había disminuido en 1.200 millones de pesetas y la particular aumentado en 1.500, con un incremento de capital debido de 300 millones de pesetas.

— (442) VICENS VIVES, Historia económica de España, cit.; pág. 676.

(443) Sociedad española de construcción naval (1.909), la célebre Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (1.911, capital canadiense), Riegos y fuerzas del Ebro (1.911, capital canadiense), Sociedad de energía eléctrica del Centro de España (1.912, capital francés), Tranvías de Barcelona (1.905, capital belga), Compañía de Tranvías y electricidad de Bilbao (1.906, capital belga), Sociétés Hispano-belge de — Tranways et Electricité (1.913), Andalucía Water Co. Ltd. (1.912, capital inglés), Altos Hornos de Andalucía (1.912, capital francés), Solvay (1.908, capital belga), Sociedad General Española de Electricidad (1.901, capitales belga y alemán), Siemens (1.910, capital alemán), Brown Boveri (1.914, capital suizo), Osram (1.914, capital alemán), Cementos Portland de Sestao (1.901, capital francés), Corchera Internacional (1.912, capital sueco), Hilatura Fabra y Coats (1.903, capital inglés), Hotel Ritz-Madrid (1.908, capital belga) y Hotel Palace (1.910, capital belga), etc.

— (444) La Ley de protección a la industria nacional, de 14 de febrero de 1.907, marca el inicio de la nueva po-

SARDA (445) señala que los capitales extranjeros invertidos en sociedades constituídas en el extranjero para explotar negocios en España, alcanzan las cifras siguientes:

<u>Años</u>	<u>Millones de pesetas</u>
1.905	34'0
1.906	71'9
1.907	70'0
1.908	38'9

A partir de 1.909 estas cifras se incrementan algo, sin duda por las incertidumbres de carácter político que comenzaba a vivir Europa y las perspectivas de nuestra economía. Y así las cifras alcanzadas, en el mismo epígrafe fueron las siguientes:

<u>Años</u>	<u>Millones de pesetas</u>
1.909	53'3
1.910	74'8
1.911	73'3
1.912	93'9
1.913	65'1

Naturalmente, que a las cifras consignadas hay que adicionarles el importe de la aportación directa extranjera a las sociedades constituídas en España y las emisiones que se realizaron en el exterior, de las que cita SARDA (446) las de 1.912 (52'6 millones) y 1.913 (149'3 millones).

Si se trata de resumir el periodo que hemos comentado, cabe señalar que las aportaciones de los diferentes autores se mueven alrededor de la cifra de -- 3.500 millones de pesetas como volumen de la IE en Es-

lítica económica, que siguieron la ley de ferrocarriles, de 26 de marzo de 1.908, la de seguros, de 14 de mayo de este mismo año, la de 30 de junio de 1.914 (servicio telefónico) y la nacionalización de la Deuda exterior (7 de agosto de 1.914).

Por otra parte, las circunstancias políticas y sociales alejaron un tanto al capital exterior (recordemos las huelgas revolucionarias de Barcelona -1.902, 1.905, semana trágica, 1.907-, Bilbao -1.908 y 1.906-, la guerra con Marruecos -1.909-, la sublevación republicana de la fragata Numancia -1.911-, el asesinato de Canalejas -1.912-, la elección de los primeros diputados socialistas -1.910-, etc.).

(445) La política monetaria, cit.; pág. 269.

(446) La política monetaria, cit.; pág. 269.

(447) JIMENEZ FERNANDEZ (Estudio crítico de la crisis monetaria) citado por SARDA (La política monetaria, cit.; págs. 270-271) cita: para 1.900, THERY calcula las inversiones ferroviarias en 3.500 millones de pesetas, de los cuales, por lo menos, 2.500 son IE y la mayoría franceses; SANCHEZ DE TOCA, para 1.902, suma en 3.661 millones el capital extranjero en ferrocarriles, distribuido -lo que es importante, en 910 millones en acciones y 2.743 en obligaciones-; el Journal Officiel francés, del 25 de septiembre de 1.902, dá como cifra de capital francés invertida en España la 2.933 millones de francos; un cálculo español recorta a 1.368 millones de pesetas el importe de las IE ferroviarias. Citando otras fuentes, continua SARDA: MARVAUD estima que en la Bolsa de París se cotizaban títulos españoles cuyo valor nominal alcanzaba los 3.679'8 millones de francos (852'7 en acciones y 2.871'1 en renta fija privada y pública -Deuda exterior-); NAYMARK, en 1.914, sobre el mismo criterio, situa la cifra en 3.849 millones de francos; MASSO -cifra el importe de los títulos ferroviarios fuera de España en 2.303'5 millones de pesetas, y el total de títulos en el exterior -incluida Deuda- a 4.078 millones; YOUNG, estimaba la IE en 4.000 millones, correspondiendo 2.000 a títulos españoles en el exterior (ferrocarriles), 1.500 en compañías extranjeras (IED) y 500 en Deuda exterior no nacionalizada. Una estadística de la D.G. del Timbre, publicada en 1.918, cifra los capitales invertidos por empresas extranjeras en España en la forma siguiente:

<u>País origen del capital</u>	<u>Millones Pesetas</u>
Inglaterra	687'5
Francia	439'6
Bélgica	47'9
USA	17'8
Ibero-américa	17'0
Alemania	10'3
Italia	7'0
Portugal	0'3
Inclasificados	48'9
TOTAL	1.277'1

Y estos capitales se dirigieron a las ramas de producción siguientes:

<u>Sectores</u>	<u>Millones Pesetas</u>
Minería y metalúrgia	747'0
Gas y electricidad	201'7
Tranvías y ferrocarriles.	132'1
Aguas	50'4
Banca	50'3
Manufacturas	42'0
Varios	53'9

Como señala SARDA, si a estas cifras añadimos el importe de los títulos de empresas españolas, en manos de extranjeros, cuya más importante partida, los fe

A nuestros efectos, conviene subrayar la --
gran aceptación que, siguiendo la tónica general mun-
dial, adquieren las IEC, principalmente en títulos de
renta fija, frente a las IED.

CUARTA ETAPA (periodo "entre guerras", 1.914-
1.945).

IX. Evolución general.- Después de la etapa
brillantísima que la IE había conocido, el desarrollo
de la primera guerra mundial (1.914-1.918) y las se-
cuelas que de ella derivaron, hicieron que se quebra-
ra la línea mantenida hasta entonces, produciéndose -
un "estancamiento general en las transferencias inter-
nacionales de capital", que con ligeros altibajos du-
ró hasta 1.945 (final de la segunda guerra mundial).

Por una parte se produce -como ha señalado
ALLAIS (448)- un "resurgimiento del mercantilismo" --
traduciendo la idea decimonónica proteccionista de un
marcado nacionalismo económico, que provocó tales te-
mores a escala mundial que muchas fueron las conferen-
cias celebradas (449) con objeto de remediar tal esta

rocarriles, se acerca a los 2.000 millones, tendre-
mos un total de IE, para 1.914, próxima a los 3.500
millones de pesetas, sin contar la Deuda exterior,
que alcanza 1.000 millones de pesetas más. Se podrán
observar las diferencias, no importantes, con los -
datos consignados con anterioridad al tratar de la
Deuda exterior.

(448) La liberalisation des relations économiques, cit.;
pág. 14.

(449) Conferencia de Bruselas de 1.920. Conferencia inter-
nacional de GENES en mayo de 1.922, que tenía por ob-
jeto la supresión de los obstáculos que se oponían
a la extensión del comercio, recomendando el abando-
no de restricciones cuantitativas, la renuncia a --
las guerras de tarifas, y el relanzamiento de las -
relaciones comerciales sobre la base de Tratados de
comercio basados en la idea de la reciprocidad adap-
tada a circunstancias especiales y la utilización,
en la medida de lo posible, de las cláusulas de na-
ción más favorecida y de una manera general el res-
tablecimiento de la libertad de comercio que exis-
tía antes de la guerra.

1ª Conferencia Económica Mundial convocada por la -
Sociedad de Naciones (Ginebra, mayo 1.927). En esta
Conferencia, 29 de los principales países industria-
les adoptaron una convención internacional que cons-
tituye el "acuerdo comercial multilateral" más minu-
ciosamente detallado y equilibrado que se hubiese -
concluido hasta entonces, y que constituye el verda-
dero precedente del GATT de 1.947. 2ª Conferencia -
convocada por la Sociedad de Naciones (1.930) no tu-
vo consecuencias prácticas algunas. Conferencia eco-
nómica y monetaria (Londres 1.933).

do de cosas, aunque, en la realidad, pocos efectos -- prácticos aportaron.

Por otro lado, el esfuerzo de la guerra - obligó a los beligerantes a liquidar una fracción importante de sus activos en el extranjero, principalmente en USA e Iberoamérica. Las consecuencias de tal actitud -escribe BERTIN (450)- son importantísimas: - Alemania pierde la casi totalidad de sus inversiones exteriores; la Revolución rusa de 1.917 y la desaparición del Imperio otomano reducen prácticamente a la nada las esperanzas de los titulares franceses, ingleses o belgas de bonos rusos o turcos. Por su parte -- Inglaterra -según apunta ROGGERO-FOSSATTI (451)- hubo de enajenar casi el 15% de sus propias IE y Francia - cerca de la mitad.

Un factor esencial, que marcó gran parte de ésta época, fué la grave crisis iniciada en 1.929 -a la que ya hemos hecho alguna referencia- y que produjo la extraordinaria depresión del año siguiente, - acontecimientos analizados profusamente por la doctrina económica contemporánea.

La estabilidad monetaria de que gozaron - bastantes países -y que, momentáneamente, dió lugar a un florecimiento de las transferencias internacionales de capital, a partir de 1.924- se detuvo violentamente a partir de 1.930. Los gobiernos trataron de poner en práctica los instrumentos de política monetaria que, hasta entonces, se habían demostrado eficaces (principalmente, maniobrando con los tipos de interés), pero lo cierto es que el éxito fué tan relativo que debieron acudir a una nueva herramienta cuya - eficacia no dejaría de tener graves consecuencias en la corriente de IE. Nos referimos al "control de cambios", política que adoptaron casi todos los países - económicamente más importantes, produjo fuertes limitaciones en los movimientos internacionales de capital.

Al igual que hicimos al analizar el periodo álgido de la IE en el examen del presente destacaremos, también, sus principales características, lo - que facilita su comprensión y las comparaciones. Así pues:

= Origen de la IE. El principal país ex--

(450) L'investissement international, cit.; pág. 19.

(451) I movimenti internazionali, cit.; pág. 94.

portador de capital fué USA -pese a ciertos periodos en que cesa la salida de sus capitales y se produce, incluso, un movimiento contrario, es decir, el rescate de -- las inversiones efectuadas (vgr.: en 1.930-1.931)- y, - en menor proporción, Inglaterra, Francia, Alemania (una vez satisfechas sus deudas de guerra), Bélgica, Holanda y Suiza.

= Respecto a los países de destino se observa un cambio bastante interesante en la actitud de los exportadores. Pasan a segundo término las IE en territorios coloniales o en vías de desarrollo, y se orientan hacia países que ya habían alcanzado un elevado grado - de industrialización y, aún entre estos, los europeos - gozan de la preponderancia (452).

En ésta misma época cabe subrayar la falta - de maniobrabilidad que caracteriza a los gobiernos de - los países receptores frente a las IE. En tal sentido - continua la trayectoria de la etapa anterior, aunque ya se detectan síntomas del cambio profundo que revestirá la fase siguiente.

= Finalidad. La IE continua adoptando preferentemente la modalidad del largo plazo, aunque -como - hemos puesto de relieve anteriormente- comienzan a de-- tectarse también transferencias a corto (453). En los -

(452) Señala BERTIN (L'investissement international, cit.; pág. 21) que a la orientación centrífuga de los capitales hacia los países nuevos, sucede en parte una - orientación "centrípetas" hacia los países ricos donde los rendimientos son más elevados y los riesgos - menores. ROGGERO-FOSSATTI (I movimenti internazionali, cit.; págs. 94 y ss.) explica éste movimiento de capitales, por un lado, porque los mismos van unidos al pago de las reparaciones alemanas a los países europeos vendedores, los cuales, a su vez, deben hacer frente al reembolso de los préstamos contraídos con los EE.UU. durante las hostilidades. Por otra parte, las transferencias de capital de Alemania son contrarrestadas por simultáneos movimientos internacionales de capitales privados desde los países europeos y EE.UU. hacia Alemania. Por último, se calcula que en 1.929, - más de la mitad de las inversiones netas norteamericanas en el exterior eran representadas por préstamos a Alemania, que se formalizaron en base a la confianza de los inversionistas en las posibilidades de recuperación económica de los germanos y los altos tipos de interés vigentes en su mercado (producidos por las dificultades de las empresas alemanas y administraciones públicas locales para obtener fondos en el propio país, por lo que optaron por buscarlos en el extranjero).

(453) Estas operaciones a corto se realizan desde Europa a USA, tanto por razones de seguridad como por la situación política tan inestable que vivían ciertos países europeos.

países subdesarrollados, la explotación de las riquezas naturales (principalmente minería y petróleo) y la instalación de plantas industriales son los objetivos básicos de la IE. En los industrializados, el sector manufacturero recibe la mayor aportación de capital exterior.

= Los flujos de inversión continúan procediendo casi por completo del ahorro privado, el cual, abandonando la hasta entonces tradicional atracción por la IEC, principalmente la adquisición de valores de renta fija, opta por seguir el ejemplo implantado por la práctica norteamericana y se materializa en la creación de filiales y sucursales en los países importadores (IED).

En la vigilia del comienzo de la guerra mundial, la situación de las inversiones internacionales se presentaba, según la O.N.U. (454), de la forma siguiente:

Países Acreedores	Créditos		Países Deudores	Débitos	
	En miles de millones de dólares	En %		En miles de millones de dólares	En %
Inglaterra	22'9	43'3	Europa	10'3	18'8
Francia	3'9	7'4	Iberoamericana	11'4	20'8
Alemania	0'7	1'3	USA	7'0	12'8
USA	11'5	21'8	Canadá	6'6	12'0
Benelux y Suiza	7'7	14'6	Asia	11'2	20'4
Otros países	6'1	11'6	Africa	4'0	7'3
			Oceania	4'4	8'0
TOTALES	52'8	100'0		54'9	100'0

Las diferencias entre el importe total de créditos y débitos se deben a los diferentes criterios utilizados por los países para determinar su posición respecto del exterior.

X. Evolución española.- Como escribe DIAZ DEL MORAL (455), el año 1.917 pareció iniciar en España uno

(454) Datos para fines de 1.938, recogidos de International Capital Movement during the Inter-war Period, -- cit.

(455) Historia de las agitaciones campesinas andaluzas; Madrid, 2ª edición, 1.969, pág. 11.

de esos periodos convulsivos que de tarde en tarde interrumpen los profundos habituales letargos de la vida nacional. El manifiesto de las Juntas militares, - la asamblea de los parlamentarios en Barcelona y los motines del mes de agosto pusieron de manifiesto el hondo malestar que los reflejos de la Gran Guerra habían producido en el país. El problema político se planteó en términos perentorios. Los estratos superiores sociales y alguna parte del pueblo, únicos elementos que constituyen la opinión pública, dejaron oír su fallo inapelable condenatorio contra las organizaciones políticas que habían puesto a la nación en trance de ruina y de muerte. Se agrietaron los viejos partidos, se desmoronaron algunos edificios caciquiles y en todas partes se notaba la intensa inquietud precursora de las tormentas sociales.

Los años que transcurren hasta la proclamación de la segunda República fueron turbulentos en su mo grado (456), salvando el periodo de la Dictadura de Primo de Rivera (1.923-1.930) que acalló, más que resolvió los graves problemas pendientes. Y tampoco la llegada del nuevo régimen acabó con los problemas que aquejaban al país. Incluso, tal vez por la sistemática obstrucción que sus acciones encontraron en las fuerzas sociales conservadoras -de ordinario, suicidamente, tan poco proclives al cambio y a la evolución-, se fueron profundizando las circunstancias que, desde antaño, se arrastraban, y nos abocaron a la mayor tragedia que ha conocido el pueblo español: la guerra civil que, como ya hemos escrito en otro lugar de este trabajo (Introducción), asoló nuestra economía y dividió a los españoles en bandos tan irreconciliables que, a pesar del tiempo transcurrido, no se han podido borrar, aún, del todo las diferencias que los enfrentaron.

En éstas circunstancias, no es difícil prever que la IE en España reduciría su impetuoso desarrollo, hasta llegar a anularse, prácticamente, al concluir la guerra civil. Bien es verdad que otras cir

(456) Huelgas (Barcelona, 1.917 y 1.921, otras localidades, 1.918, de estudiantes, 1.929, campesinos); guerra -- con Marruecos (desastre de Annual, 1.921) hasta 1.926; asesinato de Dato (1.921), etc. Nos remitimos a MARTINEZ CUADRADO M., La burguesía conservadora (1.874-1.931); TAMAMES R., La República, la era de Franco; Tomos VI y VII de la Historia de España de Alfaguara, Madrid, 1.974 (2ª ed.) y 1.974 (3ª ed.), respectivamente. La obra de Tamames es, decididamente, parcial en numerosos aspectos, pero contiene datos de interés sobre éste periodo de nuestra historia; LACOMBA, Introducción a la Historia económica, cit.; págs. 401 y ss.

cunstancias influyeron para que se produjese esta situación. Por un lado, la psicosis prebélica que comenzaron a vivir los países tradicionalmente exportadores de capital, y que les hizo frenar sus inversiones en el exterior, según ya hemos anotado; y, por otra parte, la dirección autárquica que se iniciaba en nuestra economía (control de cambios; normas de protección a la industria española; limitaciones en la adquisición por extranjeros de bienes inmuebles, etc.).

XI. España. Sector público.- A partir de 1.915 se observa una tendencia constante a la reducción del endeudamiento exterior del sector público de nuestra economía. La operación de "affidavit", por un lado, y el excedente de la balanza de pagos -que se traduce en un aumento del oro en poder del Banco de España- (457), permiten la práctica nacionalización de nuestra Deuda exterior, colocando el volumen de la que está en circulación en cotas difícilmente imaginables.

Años	Deuda pública exterior en circulación (millones de pesetas)
1.915	1.017'8
1.916	948'8
1.917	913'2
1.918	910'9
1.919	326'7 (1)
1.920	169'8
1.921	122'5
1.922	115'1
1.923	103'8
1.924	99'8
1.925	84'2
1.926	86'7
1.927	86'5
1.928	84'8
1.929	84'5
1.930	84'6
1.931	84'5

Fuente: SOLE, La Deuda pública española, - cit.; pág. 50.

(1) Contabiliza únicamente el importe de Deuda exterior en poder de extranjeros. Por ello se reducen las cifras en tan gran proporción.

Durante la República, prácticamente no se emitió Deuda exterior, siendo por tanto infimo el en-

deudamiento real del sector público con el extranjero (458).

La guerra civil, y su financiación, originó un gran aumento de la financiación pública exterior, por cuanto ambos bandos recibieron ayuda de los países que, respectivamente, los apoyaban. Italia resultó acreedora de 5.000 millones de liras (Convenio de 8 de mayo de 1.940 y ley de 30 de mayo de 1.941), a amortizar en 25 años, desde el 31 de diciembre de 1.942 que, al cambio de la lira de 9'65, suponían 482'5 millones de pesetas. Las deudas con Alemania quedaron prácticamente saldadas por compensación con las exportaciones de mercaderías españolas. El Gobierno republicano, en vez de acudir al crédito, optó para financiarse en el exterior por liquidar las reservas metálicas del Banco de España (D. 13 de septiembre de 1.936) (459).

En 1.942 y siguientes, mediante varios convenios suscritos entre el Estado español y el argentino, se obtuvieron créditos por valor de 400 millones de pesos, cancelando el saldo, en 1.946, con el producto de la negociación de una Deuda Exterior amortizable, en pesos, al 3'75 por 100, emisión 1º noviembre de 1.946 (460).

Hasta 1.945, año al que se contrae la referencia final del periodo que examinamos, la Deuda pública exterior continuó inalterada, y el sector público tampoco pudo endeudarse en otros conceptos -- (préstamos directos, etc.).

XII. España. Sector privado.- Con la situación político-social ya descrita, y el nuevo rumbo que se imprimía a la política de aceptación de las IE (461), no puede extrañar que estas disminuye-

(458) La Deuda exterior se dividió, según ya anotamos, entre lo que es en realidad exterior (propiedad de extranjeros) y lo que es propiedad de españoles y pagadera en pesetas. La primera se denominó "estampillada" y la segunda "domiciliada".

(459) SOLE, La Deuda pública española, cit.; págs. 58 y ss.

(460) AGUILAR, Situación de la Deuda, cit.; págs. 12 y 13. Esta Deuda se ha liquidado en noviembre de 1.971.

(461) Ley de 2 diciembre 1.917; leyes de ordenación bancaria de 29 diciembre 1.921 y 24 enero 1.927, el R.D. 13 junio 1.916; ley 29 mayo 1.931; ley de 23 octubre 1.935, ley de delitos monetarios (1.938), ley de ordenación y defensa de la industria (1.939), etc.

sen su afluencia hacia el sector privado de nuestra economía, pero a pesar de todo, aún se crearon empresas de gran importancia (462); siendo los principales países - suministradores de fondos Francia, Suiza, USA e Italia.

A partir del final de la guerra civil se inaugura una etapa de autarquía económica como jamás se había conocido en los tiempos modernos, defendida desde - ángulos muy distintos (463), como la tabla de salvación del sistema económico, y fundamento inatacable de nuestra soberanía política.

En éstas condiciones, la llegada de capital extranjero fué prácticamente nula, a excepción de algunas IED muy específicas (464).

QUINTA ETAPA (época actual, 1.945 a nuestros días).

XIII.- Evolución general.- A partir del final de la última guerra (465), se detecta un creciente

(462) Sociedad Comercial del Nitrato de Chile (1.917), Productos Pirelli (1.917), Babcock y Wilcox (1.918), -- Fiat Hispania (1.919), Minas de potasa de Juria (1.920), Nestlé (1.920), Forjas de Alcalá (1.922), Ericsson - (1.922), Gas Lebón (1.923), Italcable (1.923), Compañía Telefónica Nacional (1.924), Seguros Plus Ultra (1.925), Standard Eléctrica (1.926), Saltos del Duero (1.928), Cenemesa (1.930), Michelin (1.932), etc.

(463) Nos remitimos, por aleccionador y curioso, al artículo del Notario VAZQUEZ CAMPO titulado "España y la autarquia", en Rev. Crítica de Derechos Inmobiliario, Madrid, julio 1.940; págs. 369 y ss.

(464) Unicolor con capital (1.939), Telefunken con capital (1.940) y Cellophane Española con capital francés -- (1.941).

(465) La guerra, -como escribe ALLAIS (La liberalisation des relations économiques internationales, cit.; págs. 17 y ss.)- ha producido cambios considerables en la estructura de las economías y en las posiciones políticas de numerosos países y sus colonias. La mayoría de los gobernantes consideran necesario recurrir a - tipos de economías más centralizados y a controles - de todo género, tanto en el plano interno como en el internacional. La mayoría de las monedas son inconvertibles y el control de cambios constituye un uso casi general. Por doquier los sentimientos nacionalistas se exacerban y la ideología dominante es extremadamente hostil a los mecanismos de mercados. Una -- prioridad absoluta tiene la dirección de la economía nacional con vistas a asegurar al pleno empleo, y -- las transacciones exteriores son subordinadas a este objetivo y reguladas por decisiones autoritarias. La actitud general está en oposición radical con la ideología dominante antes de la guerra mundial. El recuer

movimiento de capitales en el ámbito internacional, - produciéndose un relanzamiento de la IE. Si bien bajo unas condiciones "profundamente modificadas" (466), - entre las cuales cabe destacar tanto las urgentes necesidades de grandes cantidades de capital para la re construcción post-bélica, como la aparición de un --- gran número de nuevos países independientes con urgen tes necesidades de desarrollarse económicamente y la necesidad -para las naciones desarrolladas- de ampliar mercados y de asegurarse las fuentes de energía y pri meras materias que requieren sus sistemas de producción (467).

Los factores enumerados, unidos a las transformaciones operadas en el ámbito monetario (468) y a los procesos de integración económica acaecidos - (469), han dado lugar a un panorama extraordinariamen te complejo de la IE en éste último periodo de su evo

do de la dislocación de las transacciones, de las -- guerras tarifarias y sus desastrosas consecuencias, que habían caracterizado el periodo entre las dos -- guerras, continua viviente y todos los dirigentes po líticos están convencidos que es necesario evitar -- que se repitan.

(466) Sobre éste tema nos remitimos a ROSENSTEIN-ROAN P.N., Philosophy of international investment in the second half of the Wwntieth century, en Capital movements, - cit.; págs. 175 y ss.

(467) BERTIN (L'investissement international, cit.; pág. - 22) escribe que "el deseo estatégico de encontrar -- fuera del territorio nacional recursos naturales -- abundantes (petróleo y minerales) acucian a los paí- ses ricos a acrecentar considerablemente las inver- siones relacionadas con la investigación y la puesta en explotación de tales riquezas. Así, entre 1.943 y 1.964, las inversiones petrolíferas americanas en Ve nezuela y el Oriente Medio se han multiplicado, res- pectivamente, por 6 y por 30".

(468) Sobre este punto nos remitimos a: MARCHAL J., Le - systeme monetaire, cit.; RUDLOFF M., Economic mone- taire international, Paris, 1.970; SCHLOGEL, Les - relations economiques et financieres, cit.; págs. 345 y ss.

(469) Desde el final de la última guerra mundial, asisti mos a la formalización de una ingente multitud de tratados que tratan, en mayor o menor escala, de - establecer uniones económicas regionales entre nu- merosos Estados: 1.949 (Tratado de Pre-Unión del - Benelux), 1.951 (CECA), 1.957 (C.E.E. y C.E.E.A.), 1.958 (Benelux, Mercado Común de América Central - -MCAC-), 1.959 (AELE, COMECON), 1.960 (ALALC). En otro orden de fines, cabe citar el nacimiento de - la OECE (1.948) convertida, bajo la presión de los EE.UU., en la OECD (1.960), y la formalización del GATT (1.947).

lución, y que trataremos de exponer en sus rasgos más esenciales.

= Los países de donde parte la principal corriente exportadora de capital siguen siendo -- los "tradicionales", es decir, ante todo EE.UU. y -- su peradas las dificultades de su reconstrucción fecha -- que podría situarse en 1.955- los países europeos, In gllaterra, en primer lugar, Alemania, Francia, Bélgica, etc., a los que se une, impetuosamente, el primer -- país asiático plenamente desarrollado: el Japón (470).

La distensión operada entre los dos -- grandes bloques de países, occidentales y de la esfera soviética en lo político (1.951), y la señalada re construcción en el terreno económico, son dos factores de extraordinaria dimensión para comprender la nueva etapa expansiva de la IE.

= Por lo que se refiere a los territorios adonde se dirige la inversión, hay que poner de manifiesto un hecho singular que hace su aparición en éste periodo y que es preciso subrayar.

Si la IE se fundamenta y admite -- en el caso de los países importadores- tan solo por el principio del "desarrollo económico", es lógico pensar -- que en tanto en cuanto el capital extranjero coadyuve al logro de los objetivos propuestos por la clase dirigente se justifica su admisión. Por ello, los gobiernos de estas naciones receptoras, estiman con absoluta unanimidad que tales movimientos de capital solo -- pueden producirse cuando se acomodan a los términos y cumplan las condiciones que específicamente establezcan (471), con lo que aquellos pasan a jugar un papel fundamentalmente activo opuesto a la actitud meramente pasiva que adoptaron en periodos anteriores (472).

(470) Según datos del Ministerio de Hacienda japonés (citados ROGGERO-FOSSATTI, L'investimenti internazionalisti, cit.; pág. 105), desde 1.951 a 1.970, el Japón ha efectuado 3.899 inversiones en el extranjero por un valor en conjunto de 3.584 millones de dólares, acentuándose la tendencia, sobre todo, a partir de 1.967.

(471) Vid. PATEL I.G., Foreign capital and domestic planning, en Capital Movements, cit.; págs. 293 y ss.

(472) Son los autores anglosajones quienes, preferentemente, se han ocupado en tiempos modernos de examinar los distintos incentivos -- y sus consecuencias -- con que los diferentes países han tratado de obtener inversiones del exterior. En éste sentido se -- pueden citar: HUGHES H. y YOU PH SEUG (ed.); Foreign

Si descendemos al detalle concreto, hemos de subrayar que, en este periodo, varía igualmente la trayectoria de los movimientos de capital.

Por una parte, se producen inversiones "cruzadas", es decir, entre países altamente industrializados que se constituyen, recíprocamente, en exportadores-importadores de capital (vgr.: EE.UU. y los países de la C.E.E.). Por otra, se desacelera el flujo en dirección a los países subdesarrollados (especialmente Ibero-américa) y se dirige hacia otras áreas geográficas (Europa) y países desarrollados (Inglaterra, Francia, etc.) o en vías de desarrollo (Italia, Grecia, España, Turquía, etc.). La inversión de carácter público suele cubrir en parte el vacío a que nos hemos referido de la IE privada en las áreas deprimidas, por lo que su importancia creció extraordinariamente.

= La IE se concreta en operaciones tanto a corto plazo -a las que ya nos referimos- como a largo, y éstas se concentran en sectores económicos básicos (vgr.: petróleo) y en industrias de transformación.

= Quizás otra de las singularidades más sobresalientes de ésta etapa sea la aparición, junto a las operaciones de inversión protagonizadas por el ahorro privado, de las IE cuya fuente está constituida por fondos de origen público y que se producen a través de cualquiera de los múltiples mecanismos ya expuestos con anterioridad.

Las modalidades que adoptan las operaciones de IE privadas suelen acentuar notablemente la tendencia a la creación de filiales y a la constitución y desarrollo de las sociedades por las grandes multinacionales, es decir, la IED, si bien, a partir de la de

Investment and industrialization in Singapore; Cambridge, 1.969; DIXON-FYLE S.R., "Economics inducements to private Foreign Investment in Africa", en Journal of Development Studies, octubre de 1.967; págs. 109 y ss.; MAY R.S., "Direct Overseas Investment in Nigeria 1.953-1.963" en Scottish Journal of Political Economy, Noviembre, 1.965; págs. 253 y ss.; BIRD R.M., Taxation and Development: Lessons from - Columbian Experience; Cambridge (Mass.), 1.970; -- KING T., México, Industrialization and Trade Policies Since 1.940; Londres, 1.970; ROSS G. y CHRISTENSEN J.B., Tax incentives for industry in México; Cambridge (Mass.), 1.959; LENT G.E., "Tax incentives for Investment in Developing Countries", en International Monetary Fund Staff Papers, julio de 1.967; págs. 249-321; OKITAS S. y MIKI T., "Treatment of foreign capital. A case study for Japan"; - en la obra dirigida por ADLER y KUZNETS, Capital movements; Londres, 1.970; págs. 139 y ss.

claración de convertibilidad de las principales monedas occidentales (1.958) se observa un lento, pero - ininterrumpido, progreso de las IE en valores mobiliarios (473), sobre todo con el nacimiento del llamado mercado de euroemisiones (474), aunque ya los -

(473) En el mercado de euro-emisiones, normalmente, se -- efectúan operaciones de emisión de títulos de "renta fija" cuyas modalidades pueden ser principalmente las tres siguientes:

- a) emisión en unidad de cuenta europea, expresada - en oro, reposa sobre 17 monedas de la antigua U. E.P.
- b) Empréstitos paralelos.
- c) Empréstitos en divisas nacionales (dólar, marco, libra, etc.).
- d) Obligaciones con "warrant".
- e) Emisiones con "opción de cambio".
- f) Las obligaciones convertibles en acciones gozan cada vez de mayor predicamento.
- g) Emisiones con tipos de interés variables (floating rate), etc.

No obstante, en éste mismo mercado, existe una cierta tendencia a favorecer la emisión de títulos-acciones, con objeto de ampliar el accionariado de las - Sociedades multinacionales y ayudarles en su instalación en el extranjero (euro-acciones). Sobre estas cuestiones nos remitimos, principalmente a PA-- CIS., Il mercato finanziario internazionale, Milán, 1.972; págs. 12 y ss.; y a GISPERT y SARTORIUS, Eurodólares y eurobonos, cit.; págs. 177 y ss.

(474) Concepto.- El mercado de euro-emisiones constituye una parcela o compartimento del mercado financiero internacional en el cual, principalmente, mediante la técnica del empréstito formalizado a través de - la emisión de títulos negociables, cifrados en una moneda que no ha de ser precisamente la del prestatario o la del prestador y que pueden ser suscritos por ahorradores de diferentes países, se obtienen -- fondos a medio o largo plazo.

Localización.- La plaza de Londres fué, durante el siglo XIX, la plaza internacional por excelencia. - Desde 1.895 a 1.914 París ocupó igualmente un puesto importante, pero después de la primera guerra -- mundial el mercado americano (N. York) se impuso totalmente hasta el año 1.929. A partir de 1.958 comparten Londres y N. York los sitios de honor, seguidos de otras Bolsas europeas (Luxemburgo, Frankfurt) y japonesas. De hecho se trata de un mercado en manos de un reducido número de firmas intermediarias altamente especializadas, que están produciendo una auténtica concentración del mercado. MICHALET lo -- conceptúa como un "mercado financiero transnacional" (Le marché de euro-obligations; París, 1.972; pág. 9). La bibliografía sobre el tema es abundantísima. Nos remitimos a la consignada por GISPERT y SARTORIUS, Eurodólares y Eurobonos, cit.; págs. 299-302; ENZIG P., The Eurobond Market, Londres, 1.969; KOSZUL J., Euro-dólar, euro-divises, en Rev. Banque, Paris, agosto 1.964; KREDIETBANK, Les marches primaire et

países europeos habían efectuado inversiones de este tipo en el mercado financiero americano (475).

A través de los mecanismos del mercado -- (476), un flujo de fondos realmente importante y cuyo origen principal se descubre en zonas geográficas, poco representativas en algunos supuestos, (zonas de inestabilidad económica o política; o con mercados nacionales poco desarrollados; o con un elevado porcentaje de fraude fiscal), y del ahorro europeo o americano, ó de los países productores de petróleo (Medio-Oriente), o simplemente procedente de ciertos países-refugio de fondos (Suiza, Luxemburgo, Bahamas, Canadá, Líbano, --

secondaire de euro-obligations, en Boletín Hebdomaire, nº 32, 1.971; IDEF, Las Bolsas de valores en el mundo; Madrid, 1.975; págs. 350 y ss.

- (475) Como indica ROGERO-FOSSATTI (I movimenti internazionali, cit.; pág. 108): "en un primer periodo, es decir hasta 1.964, los EE.UU. jugaron el papel de principal plaza financiera internacional. Gran parte de las emisiones extranjeras fueron efectuadas sobre el mercado financiero americano. Debe tenerse presente que a menudo las emisiones se suscribían tan solo en parte por residentes americanos y en la mayor proporción eran suscritas por no-residentes, por lo cual la aportación del mercado americano era sobre todo una aportación técnica consistente en poner en contacto ahorradores e inversionistas extranjeros. "El papel del mercado financiero americano comienza a declinar después de 1.963, como consecuencia de la adopción en los EE.UU. de la "Interest Equalisation Tax" y de otras medidas restrictivas para las exportaciones de capital a largo plazo." "Como consecuencia de tales restricciones los ahorradores e inversionistas que primero se dirigían al mercado americano, se aprovecharon de las facilidades ofrecidas por el mercado del eurodólar, que había venido afirmándose desde hacia tiempo. Inicia en ese mismo periodo un extraordinario desarrollo el mercado de euroobligaciones ... en el cual efectúan emisiones las grandes empresas multinacionales ... con lo que se ha producido un fenómeno complejo en virtud del cual las inversiones en el exterior de los residentes americanos, o bajo control -- americano, han sido financiadas precisamente por el mercado europeo, a menudo con capitales provenientes del mismo país en el cual las nuevas unidades productivas se instalaban".

- (476) Sobre este punto y el papel asignado a Bancos, "underwriters", holdings, etc., nos remitimos a SAMUELSON, Economie monetaire internationale, cit.; págs. 66 y ss. y a MOURGUES, Initiation a l'economie monetaire, cit.; págs. 101 y ss.

este, (477) se invierte en el extranjero, principalmente, a largo plazo.

Hasta mediados de la década de los años cincuenta, la IE es limitada, porque los países se dedican, sobre todo, a su reconstrucción que, en lo que se refiere a Europa, va a representar una inversión --entre 1.946 y 1.951-- de 22.700 millones de dólares, de los cuales el 68'3% están representados por la ayuda pública americana, distribuida a través de organismos de carácter público (como en el caso del Plan Marshall, 13.800 millones) o para-pública (Eximbank, --2.000 millones). En ésta misma época comienza a percibirse un flujo de capital privado, norteamericano, hacia Europa, y de los países europeos (Inglaterra, --Francia, Bélgica) hacia sus posesiones coloniales.

Concluida la reconstrucción, los países europeos recobran su carácter de exportadores de capital, pero ante el proceso descolonizador que se inicia, la realización de inversiones se dirige a los --países industriales (Canadá, Europa misma). El MEC --constituye la meta de las IE privadas americanas, juntamente con el área de los países petroleros, adoptando la forma de IED como la fundamental, llegando a invertir, en ocho años, la cifra de 9.500 millones de dólares.

Pasado el comienzo de los años sesenta se observa un renacimiento de las IEC, sin duda favorecido por el desarrollo del sistema financiero internacional y de sus mecanismos de mercado (478).

(477) SAMUELSON, Economie monetaire internationale, cit.; pág. 65.

(478) Importe de los valores emitidos, en cada año que se cita, en el mercado de euro-emisiones, según la moneda utilizada en millones de dólares (Fuente: PACI, --Il mercato finanziario, cit.; pág. 19).

	1.965	1.966	1.967	1.968	1.969	1.970	1.971
Dólares	702'5	837'2	1.716'3	2.361'5	1.630'5	1.733'0	2.188'0
Marcos alemanes	250'0	146'3	148'8	662'5	1.053'6	542'2	807'4
Florines holandeses	--	--	--	--	33'1	390'8	290'0
Unidad de cuenta	--	74'1	19'0	57'0	60'0	54'0	166'5
Opción de Cambio	64'4	19'6	20'2	28'8	--	--	36'0
Unidad de Cuenta europea	--	--	--	--	--	50'0	85'0
TOTALES	1.016'9	1.077'2	1.916'5	3.130'1	2.777'2	2.770'0	3.655'7

Los datos consignados en la introducción, nos disculpan de ulteriores pormenorizaciones que ampliarían en exceso esta exposición.

XIV. Evolución española.- En éste periodo final que comentamos cabe identificar, por lo que se refiere a España, dos etapas perfectamente delimitadas y de marcado y contrapuesto signo.

La primera -que concluye a mediados de 1.959- se caracteriza por continuar la línea iniciada en la segunda década del siglo, notablemente acentuada a partir del año 1.936 y siguientes. La segunda, -por una apertura de nuestra economía al exterior, relegando la política de autarquía hasta entonces seguida, y removiendo los obstáculos que se oponían a la entrada de la IE en el país.

En 1.959 se produce un vertiginoso giro -de 180° en las concepciones que hasta entonces inspiraron las medidas de política económica puesta en práctica en el país. Como ha puesto en evidencia DRAIN (479), el comienzo de la ayuda americana en 1.953 y -la discreta entrada de España en el escenario internacional algo más tarde, no habían conseguido romper el aislamiento del mundo en que nuestro país estuvo desde el fin de la guerra civil. Traumatizada por la contienda y por la posterior victoria de los aliados sobre Alemania e Italia, España parecía replegada sobre sí misma, afirmándose más que nunca en su pasado, y -presentando, a los ojos de los primeros turistas, un mundo cerrado, casi medieval. La economía se estancaba -al amparo de elevadas barreras aduaneras; el irrisorio volumen de las exportaciones dificultaba la importación de los bienes de equipo necesarios para la renovación del país; la permanente inflación, en fin, -mantenía un clima económico malsano, favoreciendo la corrupción (480). España moría por asfixia; hacía falta una nueva política económica, y ésta se inició en 1.959.

Amparados en la coyuntura política internacional general -guerra fría entre los dos bloques, occidental y soviético- y en la específicamente española -acercamiento hispano-norteamericano- los "tecnócratas" relevaron a los "políticos" y lanzaron el desa

(479) DRAIN M., L'economie de l'Espagne, Paris, 1.968 (existe versión en castellano de J.R. CUADRADO, Iniciación a la economía de España; Barcelona, 1.971); pág. 23 - (ed. española).

(480) Nos remitimos a la obra colectiva: Capitalismo español: de la autarquía a la estabilización (1.939-59); Madrid, 1.973; tomo I, págs. 126-129.

El giro comenzó con dos medidas económicas de extraordinario interés: la declaración de convertibilidad de nuestra moneda y el severo plan de estabilización, cuyo objetivo principal no fué otro, inicialmente, que poner freno a la galopante inflación de los años anteriores.

La elaboración (482), el contenido (483), los fines (484) y efectos (485) del Plan de estabiliza

(481) "Sin embargo, las intenciones conservadoras de unos - (tecnócratas) eran las mismas que las de los otros -- (políticos), es decir, evitar, en la medida de lo posible, las reformas de estructura que reclama una sociedad en la que la oligarquía financiera y los grandes terratenientes son todopoderosos". (DRAIN, Iniciación a la economía española; cit.; pág. 24).

(482) Sobre las medidas preestabilizadoras adoptadas en - 1.957 y 1.958 nos remitimos a TAMAMES, Estructura económica de España (4ª ed.), cit.; págs. 742-744; O.C.Y.P.E., "Memorandum al Fondo Monetario Internacional y a la Organización Europea de Cooperación Económica", Doc. económica nº 6 (Presid. Gobierno) Madrid, 1.959, y también OECE "Informe sobre la economía española", en Doc. económica nº 4, Madrid, -- 1.959; BANCO URQUIJO, Servicio de Estudios, La Economía española en 1.960, Madrid, 1.961, págs. 19 y ss.

(483) El Plan se promulgó por medio de un Decreto-Ley (de nominado de "Nueva ordenación económica") de fecha - 21 de julio de 1.959 (nº 10). Vid. "El Plan de Estabilización de la economía española", en Rev. Moneda y Crédito, Madrid, septiembre 1.959, nº 70; págs. - 75 y ss.; VICENTE-ARCHE F., "Aspectos financieros del Plan de Estado", en Rev. Derecho Financiero, Ma drid, 1.960; nº 37, págs. 67 y ss.

(484) El Plan de Estabilización trató de lograr dos objeti vos esenciales: establecer las bases para un desa rrollo económico equilibrado y crear un clima propi cio para la integración de nuestra economía con el resto del mundo. Vid. "La economía española ante el Plan de Estabilización" en Rev. Información comer cial Española; Madrid, julio 1.959, nº 311, págs. - También NAVARRO RUBIO, Discurso en las Cor tes, 28 julio 1.959, en Documentación Económica, Ma drid, 1.959, nº 7.

(485) Vid. MINISTERIO ASUNTOS EXTERIORES, "Informes de la OECE sobre el programa de estabilización del Gobier no español", en Documentación Internacional, S-1; - Madrid, febrero 1.960, págs. 3 y ss., y TAMAMES, CAS TAÑEDA y ESTAPE, "Tres opiniones sobre la actual si tuación económica", en Rev. Información Comercial - Española, Madrid 1.961, enero nº 329.

importaciones de capital se manifestó en dos tipos - de medidas: la concesión de una amnistía para la repatriación de capital (487) y la legislación sobre - inversiones extranjeras" (488). El informe del Banco Mundial (489) acabó de fortalecer las bases por las cuales discurrió, en los años que comentamos, la política económica española.

Uno de los pilares sobre los que se -- asentaba la nueva estrategia económica española, estaba constituido por la necesidad de incrementar al máximo la afluencia de capital procedente del extranjero (490). Fruto de tal necesidad fué la aparición de todo un abigarrado conjunto de disposiciones -a - las que se alude en otro lugar- que, inspiradas fundamentalmente en la liberalizadora experiencia italiana, según expusimos anteriormente, trataron de lo - grar aquella meta, constituyéndonos en un país netamente importador de capital, con los resultados globales que pone de manifiesto un documento oficial ya aludido (491) al señalar que "el importe total neto de las entradas de capitales, que se había establecido en alrededor de 91 millones de dólares por término medio entre 1.959 y 1.962, franqueó la cota de --

(486) Vid. TAMAMES, Estructura económica de España (4ª ed.), cit.; págs. 749 y ss., VELARDE J., Sobre la decadencia económica de España; Madrid, 1.969 (2ª ed.); - págs. 451 y ss.

(487) D. 21 julio 1.959, que señalaba un plazo de seis meses para la repatriación de capitales españoles en el extranjero con exención de responsabilidades fiscales y monetarias.

(488) TAMAMES, Estructura económica de España, (4ª ed.) - cit.; pág. 748.

(489) OCYPE, "Informe del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. El desarrollo económico de España", en Doc. económica, Madrid, 1.962, nº 35. Dicho informe se entregó al Gobierno español el día 3 de agosto de 1.962.

(490) El entonces Ministro de Comercio ULLASTRES, después de señalar que las IE son "pieza maestra" del Plan de Estabilización, y de considerarlas complemento - indispensable del ahorro y la balanza de pagos españoles" (Discurso del 28-VII-1.959; Doc. económica, Madrid, 1.959, nº 7), afirmó expresamente que "la - IE es uno de los instrumentos que necesitamos absolutamente, uno de los que más necesitamos" (discurso 3-II-1.960, en Rev. Información Comercial Española, Madrid, febrero 1.960, nº 672; pág. 344).

(491) OCDE, El mercado de capitales en España, cit.; pág. 47.

alcanzando en 1.966 el nivel record de 383 millones - de dólares.

XV. España. Sector público.- En 1.948 aumenta el endeudamiento exterior de nuestro sector público cuando se formalizan dos operaciones, una de -- las cuales se hizo francamente popular. Nos referimos al llamado "Protocolo Franco-Perón", firmado el 9 de abril de 1.948, por el cual el Gobierno argentino con -- cedió al Estado español créditos por valor de 350 millones de pesos, a utilizar en los años 1.948-1.951; y a la emisión de "Bonos del Tesoro al 4% en dólares" que, destinada a financiar los Planes Nacionales de -- Reconstrucción, tuvieron escaso éxito en su colocación.

Como señala SANCHEZ-PEDREÑO (492) la etapa hasta finales de 1.966 está caracterizada ante todo por el endeudamiento derivado, directa o indirectamente, de los Acuerdos de Cooperación Hispano-Norteamericanos, firmados en septiembre de 1.953, que se -- concretan, en el campo que analizamos, a préstamos de instituciones públicas norteamericanas (Ley pública - 480; Ley McCARRAN; Préstamos de Cooperación económica), lo que le permite afirmar, y con razón, que el endeudamiento exterior es fundamentalmente de "carácter bi -- lateral" -con un marcado tinte de "ayuda" económica-, relegando a segundo plano la Deuda de mercado, o contraída en los mercados financieros internacionales. -- Al mismo tiempo el I.N.I. (493) inicia la captación -- de fondos en el extranjero, al igual que la RENFE y -- otros organismos públicos a los que, además, presta -- el Estado su aval.

En 1.963 se inician los préstamos del BIRD al Estado español, formalizándose en "pagarés" (494), y bajo la misma modalidad con el Kreditanstalt, en -- 1.962 por 3.000 millones de pesetas (D.L. 18 de octubre de 1.962).

En los últimos años, y debido a nuestra -

(492) La Deuda pública exterior de España, en Rev. Hacienda Pública Española, Madrid, nº 20, 1.973; pág. 214 y ss. También puede verse el trabajo de ROVIRA J.J., La ayuda estadounidense, en la obra colectiva Las - inversiones de capital extranjero en España; Madrid, 1.960; tomo I, págs. 113 y ss.

(493) Creado por ley de 25 de noviembre de 1.941, acude -- con frecuencia a esta forma de financiación.

(494) Se concede uno para carreteras (33 millones dólares), otro a RENFE (65 millones de dólares) y un tercero para puertos (40 millones de dólares).

capacidad de endeudamiento exterior (495), el debito público con el extranjero ha crecido de forma extraordinaria.

Por lo que se refiere a la "ayuda" económica recibida por nuestro país, como consecuencia de los acuerdos suscritos con USA, las cifras en millones de dólares que consignamos, extraídas de la publicación "U.S. Overseas Loans and Grants" (Agency -- for International Development), muestran elocuentemente la magnitud que han venido alcanzando:

	1955	1960	1965	1970	1974
ASISTENCIA ECONOMICA - TOTAL	29'7	42'1	6'9	0'3	0'3
Agencia para Desarrollo Internacional	--	--	--	--	--
Alimentos para la Paz (Agricultura)..	29'7	42'1	6'6	--	--
Ed. Mutua e Intercambios Culturales.	--	--	0'3	0'3	0'3
OTROS PRESTAMOS Y DONACIONES U.S.A. - TOTAL	1'2	46'8	52'3	60'9	161'4
Préstamos del Export Import Bank	1'2	46'8	52'3	60'9	161'4
Todos los demás ...	--	--	--	--	--
TOTAL AYUDA ECONOMICA	30'9	88'9	59'2	61'2	161'7

XVI. España. Sector privado.- A raíz del plan de estabilización de 1.959 y de la aparición de la nueva normativa legal referida a las IE, la afluencia de capitales exteriores privados hacia el mismo sector de la economía española, se puede cifrar, hasta 1.975 en casi 775.000 millones de pesetas, lo que implica un crecimiento vertiginoso, si pensamos que en 1.959 tan solo ingresaron en el país 3.900 millones, frente a 108.000 en 1.974 y 127.000 en 1.975.

Las IE adoptaron, en ésta fase, preponderantemente la forma de IED y, solo a partir de 1.962, co

(495) Se entiende por tal el porcentaje resultante de relacionar los ingresos en divisas habidos por exportaciones y servicios con la carga de la Deuda exterior, computados intereses y amortizaciones. El límite usual ha sido establecido en el 8% (AGUILAR, - Situación de la Deuda, cit.; pág. 16).

comienzan los extranjeros a efectuar inversiones en Bolsa o IEC. Los datos estadísticos que se recogen en la Introducción son elocuentes por si mismos, sin que merezcan otro comentario.

MUÑOZ, ROLDAN y SERRANO (496), han elaborado un cuadro referido a la distribución porcentual de los recursos privados exteriores a largo plazo recibidos por la economía española en el periodo 1.959-1.975, cuyos datos ofrecen interés por su significación sobre las modalidades de la IE en nuestro país:

	Distribución porcentual del flujo total de recursos privados exteriores a largo plazo	
Inversión propiedad:		
IED 44'4	19'2	
IEC 8'1	3'5	
Inv. Inmobiliaria 47'5	20'6	
TOTAL 100'0		43'3
Inversión crédito:		
Créditos comerciales .. 11'6	6'6	
Préstamos --		
Eximbank ... 6'0	3'4	
Préstamos em presas 82'4	46'7	56'7
TOTALES ... 100'0		100'0

Por lo que se refiere a la IEC a través del mercado bursátil, el Boletín Financiero del Servicio de Estudios de Bolsa de Barcelona, contiene datos referidos a los inversionistas colectivos (497).

(496) La internacionalización del capital, cit.; pág. 70.

(497) En el nº 68, año XVII, julio, 1.978, págs. 137 y ss., se recoge el movimiento de entrada y salida de las Sociedades y Fondos de Inversión Mobiliaria, en los años que cita, así como otros pormenores de interés, de los que recogemos los más ilustrativos.

	1973	1974	1975	1976	1977
Operan	23	24	18	14	14
Entran	8	4	-	-	1
Salen	2	4	6	4	1
Se mantienen.	15	20	18	14	13

Las IED inician un ritmo ascendente desde 1.964, para mantenerse a partir de 1.969, con ciertos

El cuadro anterior recoge la evolución, por sectores, de los títulos poseídos por el conjunto de las Sociedades y Fondos de Inversión extranjeros operantes en España. El importante aumento global registrado por el número de títulos en 1.977, se debe a la incorporación de Renta Fund de Luxemburgo, que a 30 de Diciembre de 1.977, tenía en cartera 1.000.000 de obligaciones Autopistas emisión 1.971 y 100.000 Europistas emisión 1.972 al 8%. Sin incluir los títulos de Renta Fund, se ha registrado una disminución de 44.745 títulos, casi la mitad de la experimentada en 1.976. Se ha reducido pues, en relación al año anterior, la venta de títulos por parte de las entidades extranjeras, si bien hay que anotar que, mientras en 1.976 se tomaron posiciones en algunos sectores mientras en otros se producían fuertes liquidaciones, en 1.977 la tendencia general ha sido, en todos los sectores, excepto Eléctrico y Varios, la de liquidación, especialmente en el sector Inmobiliario, Cementos y Construcciones e Inversión Mobiliaria y Seguros. Ha sido Suiza el país que ha reducido en mayor medida su inversión en títulos españoles, durante 1.977, siendo la sociedad Espac la que ha realizado las ventas más importantes. Luxemburgo es, como consecuencia de la nueva incorporación, el único país que registra aumento. En relación a 1.973, las entidades extranjeras de inversión colectiva, han aumentado su inversión en el sector Químico, Alimentación, Siderúrgicos y Minero y Varios, si bien ha sido la adquisición de títulos de renta fija, la que realmente ha tenido importancia en el período 1.973-77. Deduciendo del total las obligaciones y bonos, el número global de títulos en cartera en 1.977 supone el 54'06% de los poseídos en 1.973.

CARTERA DE VALORES EN NUMEROS DE TITULOS, ORDENADAS POR SECTORES A 31-XII DE CADA AÑO.

	1973	1974	1975	1976	1977	Variación 1977/73 %	Variación 1977/76 %
Transportes	11.376	-	-	-	-	-	-
Agua y gas	29.500	800	-	-	-	-	-
Electricidad	278.319	211.612	166.959	100.000	101.353	-63,58	+1,35
Bancario	120.555	92.350	82.656	76.420	70.988	-41,12	-7,11
Inversión Mobiliaria y Seguros	51.574	138.635	101.910	57.511	48.209	-6,53	-16,17
Inmobiliario	101.878	109.358	65.116	93.547	69.538	-31,74	-25,67
Químico	31.827	53.315	45.128	40.085	37.647	+18,29	-6,08
Alimentación	5.180	8.017	8.484	8.908	8.908	+71,97	=
Cementos y Construcciones	33.888	23.401	41.187	39.189	32.795	-3,23	-16,32
Monopolios	45.800	11.669	-	-	-	-	-
Siderúrgico y Minero	-	2.000	2.400	3.000	2.549	+27,45	-15,03
Varios	25.101	29.490	18.880	23.111	25.383	+1,12	+9,83
Obligaciones y Bonos	71.785	39.230	31.202	52.221	1.151.877	+1.604,62	+2.205,77
TOTAL	806.783	724.905	563.922	493.992	1.549.247	+92,03	+313,62

altibajos, en torno a los 13.000 millones de pesetas - anuales -excepto en 1.973, en el que se registran -- 18.786'7 millones, como consecuencia de la inversión - de Ford en Alnusafes (Valencia)-. Las IEC siguen una - tendencia bastante irregular, guardando cierta relación con la evolución del mercado bursátil y con las modificaciones de las paridades cambiarias; se puede decir - que éstas IEC mostraron superavit de cierta consideración hasta 1.968, disminuyendo a partir de esa fecha, y siendo francamente desfavorable la evolución en los años 1.974 y 1.975 (498).

La mayoría de éstas IE fueron absorbidas por el sector industrial, siendo el subsector de la química el de la mayor preferencia, seguido de la construcción mecánica y eléctrica, automóviles, inmobiliarias y hoteles, alimentación y comercio, etc.

Las empresas españolas han efectuado emisiones de títulos sobre mercados extranjeros (499), mientras que nuestra Banca (500) y nuestras empresas --

(498) MUÑOZ, ROLDAN y SERRANO, La internacionalización del capital; cit.; págs. 70-72;

(499) El 24 de abril de 1.964, Compañía Sevillana de Electricidad, S.A. emite, en Suiza, un empréstito de 20 millones de Francos suizos, al 5% anual, tipo de emisión 99%, duración 10'5 años; Hidroeléctrica de Cataluña, S.A. emite, con fecha 13 de octubre de 1.964, en el mismo mercado, otro empréstito de 20 millones de Francos suizos, al 5%, tipo de emisión 98% y duración de 10'5 años.

(500) A este respecto comentaba el semanario económico Desarrollo, en su número de 7 de julio de 1.974 que -- "en lo que atañe al mercado de euroobligaciones, la intervención de los bancos españoles es notablemente creciente; en este sentido debe tenerse en cuenta que hace casi tres años era nula prácticamente. Actualmente algunos bancos españoles están interviniendo - en los sindicatos de aseguramiento de las emisiones y como avalistas, aunque salvo alguno de ellos los - otros bancos actúen dentro del marco de la no habitualidad, es decir, que no están comprometidos con - otros bancos internacionales en operaciones habituales en estos mercados. Tal actividad eventual de aseguramiento y de codirección da categoría a la Banca que la practica y de ahí que sean ya varios los bancos españoles que han intervenido en alguna emisión, aparte de los pioneros en este campo operacional, -- dentro del área española (que fueron el Banco de Bilbao, el Banco Urquijo y el Banco de Vizcaya). Del lado de los prestatarios de las euroobligaciones cabe decir que en España son contadas las empresas que -- han salido a tal mercado en demanda de fondos. En este sentido, de las once emisiones lanzadas por empresas españolas prestatarias de divisas en el mercado mencionado hasta primeros de 1.974, cabe señalar que

(501) se hacen cada vez más presentes en el mercado de euro-emisiones.

Con relación a la nacionalidad de los inversionistas, de los datos suministrados por la Presidencia del Gobierno y el Ministerio de Comercio (502), cabe señalar la preeminencia absoluta de USA (58.000 millones de pesetas al 31 de diciembre de 1.975) (503),

tan sólo las de Petronor han estado apadrinadas por la Banca nacional. Se puede deducir que las demás empresas han tenido apadrinamiento exterior, quizá por desconocimiento de la creciente potencia de colocación de la Banca española. Desde un punto de vista diferente, también podría especularse con la posibilidad de la aportación del Estado español como prestatario en el mercado de euroobligaciones, dado que -- son muy fuertes las garantías que ofrece en la actualidad el panorama español de futuro. Sin embargo, -- hay que resaltar que recientemente, por primera vez en la historia financiera española, un préstamo importante sale al mercado internacional dirigido y -- preparado conjuntamente por un Sindicato bancario español constituido por nuestros nueve primeros bancos. Se trata de 300 millones de dólares emitidos por el INI. El hecho en sí es significativo por la gran prueba de madurez ofrecida por la Banca española en general, que al ser capaz, con éxito, de montar un Sindicato internacional de bancos y colocar los 300 millones en el mercado de eurodólares acredita su capacitación para tutelar las salidas al exterior de las empresas españolas. Y decimos Sindicato bancario internacional puesto que participaron en la operación bancos extranjeros. Tal participación parece razonable, dada la magnitud del préstamo".

(501) ALGUNAS EMISIONES EN EL MERCADO DE EUROBONOS ESPAÑOLAS.

Empresas	Divisa	Nominal	Cupón	Periodo
Autopistas	DM	100 millon.	7 1/4%	1969/84
INI	\$	70	" 8 1/2%	1971/86
Europistas	DM	100	" 8 1/4%	1971/86
Autopistas	DM	100	" 8%	1971/86
Petronor I	\$	15	" 8 1/2%	1971/86
Europistas	DM	100	" 8%	1972/87
Autopistas	\$	20	" 7%	1972/87
Autopistas	DM	100	" 6 3/4%	1972/87
INI	\$	20	" 8%	1972/87
Petronor II ...	\$	15	" 7 3/4%	1973/88
Autopistas Mare Nostrum (AUMAR)	DM	100	" 7 1/2%	1973/88

(502) "Estadísticas de IE autorizadas" (Presidencia del Gobierno), e "IE en España, 1.959-1.973" (Ministerio de Comercio, 1.973).

(503) Un censo aproximativo de las empresas españolas donde ha penetrado el capital norteamericano puede verse en VAZQUEZ MONTALBAN, La penetración americana, cit.; págs. 253 y ss.

seguida de Suiza (24.000 millones), Alemania (15.000), Inglaterra (14.500), Francia (7.700), Holanda (6.300), Italia (3.000), Canadá (2.500), Suecia (2.100), Bélgica (casi 2.000), Luxemburgo (1.056), y una larga lista de países en la que no faltan ni los Estados petroleros (Kuwait), ni los socialistas (Polonia, URSS, con 12 millones, o Cuba con 50), ni los del llamado Tercer Mundo (Argelia, India, Filipinas) ni aún aquellos con los que no sostenemos relaciones diplomáticas normales (Israel).

Desde el ángulo jurídico, la interpretación de los textos legales que regulan las diferentes modalidades de IE a través de valores mobiliarios que hemos expuesto, no parecen plantear, inicialmente, otra cuestión que la referida a la incidencia que su realización pueda acarrear en el sistema económico del país receptor y, en consecuencia, los criterios de interpretación de la norma que de tal hecho extra-jurídico puedan deducirse.

Ahora bien, si las IED de ordinario no -- plantean problemas sobre las normas de aplicación --salvo en casos concretos y determinados (IE paccionadas, por -- ejemplo)--, porque la normativa específica del país receptor es la que fija el régimen legal de su realización y -- actividad en tanto no se planteen cuestiones contenciosas, que rebasan el ámbito espacial de su competencia, no sucede lo mismo con todas las IEC cuyos efectos desbordan, -- desde el principio, aún antes de su realización (es decir, en la fase de preparación) las fronteras de la soberanía estatal.

Nos referimos, en éste caso, al supuesto de la emisión de empréstitos sobre mercados extranjeros o en mercados internacionales. Se plantea aquí, a nuestro entender, otra cuestión que encajaría en el campo del Derecho económico internacional.

La colisión de normas que se produce en -- el espacio financiero internacional , entre las emanadas

tito, dirigida a la suscripción por parte de súbditos de otros, sujetos a normas de su propio derecho interno) -- plantea cuestiones que solo se pueden resolver satisfactoriamente en el marco del nuevo Derecho económico internacional, porque exige de cada uno de los Estados implicados, lo que denomina JACQUEMONT (504), "una cierta atenuación del rigor de las soberanías estatales", criterio esencial en la modelación de la nueva rama jurídica, según expusimos en la Introducción.

Hasta el presente, toda la temática referida a los conflictos de leyes relativos al régimen de los valores mobiliarios, se examina bajo una óptica esencialmente nacionalista, como fruto propio del árbol de Derecho internacional privado, aplicándosele, en consecuencia, los criterios interpretativos propios de esta disciplina. La aparición en estas operaciones de financiación exterior, de una serie de elementos que en la técnica clásica eran ajenos al análisis de la cuestión, debe hacer variar, creemos que sustancialmente, el punto de vista del investigador. En los empréstitos exteriores -- las relaciones entre prestamistas y prestatarios se origina y discurren bajo bases y por cauces diferentes a como sucede en el Derecho interno. La internacionalización de las actividades bancarias e intermediadoras, el carácter peculiar de los tenedores de títulos (súbditos extranjeros) y las formas de ejecución del Contrato de préstamo, hacen que la filosofía del "contrato internacional" formalizado entre las partes escape, como en otros supuestos ya subrayados, al marco tradicionalmente aceptado.

(504) L'emission des emprunts euro-obligataires; Paris, - 1.976; pág. 19. Señala, además, que la especialidad del empréstito euro-obligacionista se refiere menos al régimen jurídico de los títulos/obligaciones tomados en su conjunto, que a la conjugación de factores que contribuyen a la creación del espacio financiero internacional.

Podemos señalar, siguiendo las ideas de JACQUEMOT (505), que la intervención activa, en éste tipo de operaciones, del medio bancario internacional, no sujeto a una norma única, sino a los usos internacionales, condiciona el encuentro de la oferta y la demanda de capital más allá de las fronteras y modifica muy sensiblemente el esquema tradicional de la emisión de empréstitos; el contrato esencial de la operación no es el que relaciona al emisor y los suscriptores, sino el contrato entre el primero y los bancos que se encargan de absorber enteramente el empréstito antes de repartirlo entre los ahorradores, porque aquellos dominan, en una elevada proporción, el conjunto de las operaciones efectuadas sobre los mercados internacionales. Se constata la existencia de un verdadero "poder bancario" que se manifiesta - bajo un doble aspecto: en el aspecto técnico, porque todos los contratos están muy influenciados por una de las partes contratantes (los bancos) y contienen cláusulas - específicas muy homogéneas acuñadas por el "uso", y un - aspecto político, desde el momento en que el equilibrio del mercado reposa casi totalmente sobre el comportamiento de conjunto de los grandes bancos, hasta un punto tal, que nos podemos preguntar si no estamos ante un poder -- concurrencial con el de los propios Estados. Parece claro aceptar que el dominio de la autonomía de la voluntad está, en principio, fuertemente condicionado por el ejercicio de las soberanías estatales; el poder bancario no puede dar idea de su medida y capacidad, hasta que los obstáculos nacionales, que se oponen a la emisión de los empréstitos extranjeros, son sobrepasados. Las "necesidades del mercado" -que constituyen el origen de lo que se califica como el "orden privado económico", diferente de los órdenes públicos económicos nacionales- constituye -

el elemento capaz de generar un cierto debilitamiento del poder estatal en las relaciones financieras internacionales.

Pero la problemática jurídica de estas operaciones será examinada en los capítulos siguientes de este trabajo.

CAPITULO TERCERO.

CONSTITUCION DE LA INVERSION EXTRANJERA.

Sección I.- ELEMENTOS PERSONALES.

Sección II.- ELEMENTOS REALES.

Sección III.- ELEMENTOS FORMALES.



BIBLIOTECA
DE DERECHO

A semejanza de cualquier organismo vivo, que nace, se desarrolla y muere, la operación de IE recorre un ciclo que puede concretarse en éstos tres momentos: la realización o constitución (formalización), el desarrollo (contenido) y la extinción (desinversión).

Con arreglo a este esquema tan simplista pero, a nuestro entender, tan gráfico e ilustrativo, nos proponemos desarrollar la temática de los tres siguientes Capítulos del trabajo.

En el presente abordamos las cuestiones relativas al nacimiento, a la constitución, a la realización, de la operación de IE, adoptando para su exposición una sistemática que desde hace mucho tiempo ha hecho fortuna en el campo de la exposición doctrinal de la mecánica legal de los contratos. Nos referimos a los denominados -- "elementos" personales, reales y formales, que se identifican, configuran y convergen en cualquier convención jurídica.

En toda operación de IE existen unos elementos personales -los sujetos activos de la inversión (titulares, inversionistas) y los sujetos pasivos (sociedades españolas que reciben la aportación de capital exterior receptores de la IE)-, un objeto -aportaciones efectuadas y los valores mobiliarios recibidos a cambio de éstas- y unas "formalidades" específicas de realización, que urden la trama de lo que se puede denominar la constitución de la IE, a la que dedicamos todo el presente Capítulo.

Si repasamos el texto de la LIE y del RIE, se en encuentran una serie de preceptos que delimitan el campo de los que hemos configurado como "elementos personales" -ac-tivos y pasivos- de las operaciones de IE.

El art. 1º de la LIE (párrafo 1.) establece que "a los efectos de la presente ley, se entenderá por IE las realizadas en España por personas extranjeras privadas, físicas o jurídicas, cualquiera que sea su residencia, y por los españoles residentes en el extranjero". El art. 7º del RIE se refiere al caso de las IE cruzadas o de segundo grado, estimando que se entenderá que existe IE en los casos en que el sujeto -inversionista- sea una sociedad española en la que ya exista una participación extranjera en su capital, dentro de los límites porcentuales y demás condi--ciones que especifica la misma norma. Entre las Disposiciones adicionales de la LIE, se alude a la C.F.I. (Disp. 1ª), a las personas jurídicas privadas extranjeras que sean ob-jeto de nacionalización en su país (Disp. 2ª), a los Gobiernos extranjeros (Disp. 3ª) y a las Entidades oficiales de soberanía extranjera (Disp. 3ª).

Por otra parte, el art. 3º de la LIE y el mismo del RIE se ocupan de señalar, de forma expresa o tácita, - las diferentes categorías de sujetos pasivos de la IE rea-lizada a través de valores mobiliarios: las sociedades es-pañolas, el Estado, Entidades de Derecho público, etc., a todas las cuales nos referimos en la Introducción, al tra-tar de delimitar materialmente el tema objeto de nuestro - análisis.

De ahí que, a la vista de la enumeración legal--consignada, hayamos construido el esquema expositivo al --

que ceñimos nuestro análisis, sin olvidar que, cuando nos referimos a los elementos personales de las IE, estamos - situados ante una múltiple perspectiva jurídica. Por una parte, se analizan cuestiones relacionadas con el Derecho internacional privado; por otro lado, se plantean temas - conectados con el Derecho internacional público; finalmen- te, otras relativas al Derecho interno, público (constitu- cional o administrativo) y privado (civil, mercantil).

La nacionalidad y la condición de los extranje- ros son dos de los grandes temas que la mayoría de la doc- trina ha considerado como materia propia del Derecho in- ternacional privado (1), aunque no debemos ocultar que so- bre éste punto existe una importante controversia (2). La personalidad de los Estados y Organizaciones internaciona- les, es objeto de estudio en el Derecho internacional pú- blico(3). Las cuestiones relacionadas con la personalidad

-
- (1) NIBOYET define el Derecho internacional privado como la rama del Derecho público que tiene por objeto fijar la nacionalidad de los individuos, determinar los derechos de que gozan los extranjeros, resolver los conflictos - de leyes referentes al nacimiento (o a la extinción) de los derechos y asegurar, por último, el respeto de estos derechos. Recoge esta definición el triple objeto del - Derecho internacional privado tal como se le concibe en Francia, o sea, las tres siguientes de importancia desi- gual: I. La nacionalidad de las personas, II. La condi- ción de los extranjeros y III. El conflicto de leyes y el respeto a los derechos adquiridos (Principios de De- recho internacional privado; Madrid, 1.928; págs. 1 y - 17).
- (2) Señala MIAJA que, dentro de cada Estado, las reglas ju- rídicas sobre nacionalidad pueden ser consideradas como pertenecientes al Derecho público (casos del Derecho ale- mán, francés) ó al privado, siendo ésta una cuestión -- que excede del campo meramente doctrinal, porque es su- ceptible de producir distintas consecuencias de orden - práctico según la solución que se adopte. Aunque el te- ma ha sido objeto de discusión, nuestro legislador, al reformar las normas del C.c. por ley de 15 de julio de 1.954, parece optar por considerarlas como propias del Derecho privado (Derecho internacional privado; tomo II: Parte especial; Madrid, 1.970; págs. 21-23); VALVERDE C. Derecho civil, Valladolid, 1.909, señala que el C.c. no parece el texto adecuado para regular una materia que - posee carácter esencialmente público (Tomo I, pág. 332); también CASTRO, Derecho civil, cit.; Tomo II, págs. 392 y ss.
- (3) Nos permitimos a DIEZ DE VELASCO, Curso de Derecho inter- nacional público, cit. págs. 195 y ss.

y capacidad de las entidades públicas españolas se insertan sobre todo en el Derecho constitucional y las que se refieren a la residencia se incluyen en el marco típico - del Derecho administrativo. Los aspectos materiales de las sociedades españolas que reciben la aportación de capital extranjero, están regulados por el Derecho mercantil.

Todo ello sugiere, desde ahora, la complejidad legal en que habrá de enmarcarse nuestro estudio y las dificultades que plantea.

1. SUJETOS ACTIVOS TITULARES DE LA IE.

1.1. INVERSIONISTAS EXTRANJEROS PROPIAMENTE DICHOS: INVERSIONISTAS POR NACIONALIDAD.

Bajo ésta rúbrica incluimos a todas las "personas", físicas o jurídicas, privadas o públicas, que no ostentando la nacionalidad española, realicen una operación de inversión en nuestro país.

La importancia del concepto de nacionalidad es, como hemos puesto de manifiesto en otro lugar, de primera magnitud, porque constituye el criterio originario de delimitación entre las inversiones realizadas por los nacionales y las que efectúan los extranjeros, o IE legalmente calificadas como tales. Pero, además, la idea de nacionalidad, a veces, supone otras consecuencias de cierta importancia, como pueden ser las que se deriven de ostentar alguna concreta, en razón a la existencia de Tratados o Convenios establecidos entre el país receptor y aquel de donde proceden los capitales invertidos, gocen u otorguen alguna ventaja particular. Así, la nacionalidad juega un papel esencial como delimitadora de situaciones de carácter general y puede presentar cierta relevancia en otros aspectos específicos que afectan a la IE.

La nacionalidad puede definirse en un sentido - positivo o negativo. Del primer tenor es el concepto que suministra NIBOYET (4), para el cual "la nacionalidad es el vínculo político y jurídico que relaciona a un individuo con un Estado" (5); CASTRO (6) prefiere dar una noción excluyente del extranjero, al considerar como tal - "al extraño a la comunidad nacional" porque -dice-"la -- condición de extranjero no depende de la tenencia de la nacionalidad de otro país. En las leyes internas el extranjero es el no-nacional. El que sea nacional o súbdito de otra nación o Estado según la legislación de éste es, a tal efecto, indiferente"; citando los casos extremos de la doble nacionalidad y de la apatridia como confirmatorios de su concepción.

A tenor de las ideas expuestas, hemos de considerar como inversionistas extranjero por nacionalidad, a cuantas personas, físicas o jurídicas, no-españolas, efectúen operaciones de inversión en nuestro país.

Este principio será matizado a continuación al examinar cada caso en particular.

1.1.1. PERSONAS FISICAS EXTRANJERAS.

1.1.1.1. DELIMITACION LEGAL DEL CONCEPTO DE EXTRANJERO.

La delimitación del concepto de extranjero, en

(4) Principios de Derecho, cit.; pág. 77.

(5) Esta noción es recogida en España por TORRES CAMPOS, Elementos de Derecho internacional privado, Madrid, 1.906; pág. 63, para el cual la "nacionalidad es el vínculo permanente que liga a un individuo en un Estado, y lleva -- por consecuencia la sumisión a su autoridad y a sus leyes".

(6) Derecho civil, cit.; Tomo II, 1.952; parte 1ª, pág. 372; también de éste autor puede verse: Los estudios históricos sobre la nacionalidad, en R.E.D., Vol. VIII, año 1.955; págs. 230 y ss.

los dos sentidos señalados, positivo y negativo, fués establecida en nuestro Derecho en dos importantes disposiciones, ambas dictadas en el siglo pasado: nos referimos al RD de 27 de noviembre de 1.852, denominado de extranjería, y al C.c. vigente (arts. 17 a 28).

A) El RD de 1.852 refundió en un solo precepto legal cuanto hasta la fecha se había prevenido respecto a los extranjeros (Exp. de Motivos) (7). A tenor de su art. 1º, "son extranjeros: 1º, todas las personas nacidas de padres extranjeros fuera de los dominios de España; 2º, los hijos de padre extranjero y madre española nacidos fuera de estos dominios, si no reclaman la nacionalidad española; 3º, los que han nacido en territorio español de padres extranjeros o de padre extranjero y de madre española, si no hacen aquella reclamación; 4º, los que han nacido fuera del territorio de España de padres que han perdido la nacionalidad española, y 5º, la mujer española que contrae matrimonio con extranjero" -- (8).

Como puede observarse el RD de extranjería establece una serie de reglas que delimitan la noción de "extranjero" en un aspecto positivo.

(7) Los precedentes a los que creemos que se refiere la Exposición de motivos del RD de 1.852 serían: Fuero Juzgo (Libro XI); Fuero Real (Libro IV, tit. 24, Ley 2ª); Novísima Recopilación (Libro I, tit. XIV, Ley 7ª; Libro XII, tit. XII y Libro VI, tit. XI); las Constituciones de 1.812 (art. 5º), la de 1.837 (art. 1º) y la de 1.845 (art. 1º. Nos remitimos a GUTIERREZ FERNANDEZ B., Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, 3ª ed., Madrid, 1.871, tomo I, págs. 210 y ss. y a la obra clásica en 12 tomos: Los Códigos españoles concordados y anotados; 2ª ed., Madrid, 1.872 (El tomo V contiene las famosas glosas de Gregorio López a las Leyes de Partidas).

(8) Este precepto fué practicamente reproducido en el art. 1º de la Ley 19 mayo - 4 julio de 1.870 sobre extranjería "en las provincias de Ultramar", añadiendo un apartado a tenor del cual son extranjeros "los españoles que hayan perdido su nacionalidad" (apdº. 4º).

Este RD cuyas normas, aún a pesar de la publicación del C.c., se consideraron vigentes por parte de la doctrina patria (9), dejaron de tener cualquier validez a partir de la nueva redacción dada a los arts. 17 y ss. -- del C.c. por ley de 15 de julio de 1.955.

B) El C.c., cambiando el sentido de sus precedentes legales (10), establece quienes gozan de la consideración de españoles; debiendo deducirse la noción de extranjero de una interpretación, a sensu contrario, de los preceptos contenidos en los arts. 17, 21, 22, 23 y 26 de dicho cuerpo legal.

Recientemente, el D. nº 522/74, de 14 de febrero de 1.974 --que establece el régimen de entrada, permanencia y salida del territorio español-- traduce expresamente la idea anterior al señalar que, a sus efectos, "se consideran extranjeros los que no gocen de la condición -- de españoles, de acuerdo con lo dispuesto en el Ordenamiento jurídico sobre ésta materia" (art. 1º).

Si interpretamos en la forma indicada los preceptos reseñados del C.c., podemos señalar que tienen la consideración de extranjeros (11):

(9) SANCHEZ ROMAN F., Estudios de Derecho civil; Madrid, - 1.899; Tomo II, págs. 341 y ss.; Enciclopedia Jurídica española, Barcelona; tomo XV, pág. 565; THOMAS J., El extranjero ante el Derecho público español, en Rev. Información Jurídica, Madrid, nº 50, noviembre 1.950, -- pág. 1273; MIAJA, Derecho internacional privado; cit.; tomo II, pág. 145.

(10) Además de los antecedentes citados al referirnos al RD de Extranjería, deben añadirse la Constitución de 1.869 (art. 1º), la de 1.876 (art. 1º), el mismo RD de 1.852 y la ley del Registro civil de 1.870 (arts. 105, 107, 109 y 112 y concordantes).

(11) Sobre los criterios del "ius soli" y el "ius sanguinis", y las categorías de nacionalidad "originaria" y "derivada", nos remitimos por todos a MIAJA, Derecho internacional privado, cit.; págs. 24 y ss.

= Personas nacidas en territorio extranjero, en los casos siguientes:

- hijos de padres extranjeros.
- hijos de padre extranjero y madre española, cuando deban seguir la nacionalidad del padre.
- hijos de padre o madre españoles nacidos ya en el extranjero, cuando no hubiese existido expresa declaración de los hijos de querer conservar la nacionalidad española.

= Personas nacidas en territorio español, en los supuestos siguientes:

- hijos de padres extranjeros.
- hijos de padres extranjeros nacidos en España, cuando al tiempo del nacimiento de los hijos no estuvieren domiciliados en España.
- hijos de padres extranjeros, nacidos en España y domiciliados en ella al tiempo del nacimiento de los hijos, si pertenecieren al servicio diplomático extranjero.
- hijos de padre extranjero y madre española, si deben seguir la nacionalidad - del padre.
- hijos sometidos a la patria potestad, - si su padre hubiese perdido la nacionalidad española (voluntaria o involuntariamente), siempre que les corresponda adquirir la nacionalidad del padre.
- españoles, de ambos sexos, que voluntariamente o por sanción, pierdan la nacionalidad española, con alguna excep--

rencia.

- la mujer española que contraiga matrimonio con extranjero, si voluntariamente adquiere la nacionalidad -- del marido (12).

1.1.1.2. CATEGORIAS DE EXTRANJEROS DE ACUERDO CON SU VINCULACION AL TERRITORIO ESPAÑOL.

A los efectos de nuestro trabajo interesa destacar, en primer lugar, la doble posición en que puede considerarse al extranjero que realiza una operación de inversión en valores mobiliarios españoles, sobre la base de su vinculación -positiva o negativa- al territorio nacional español. Así se distinguen entre los extranjeros -no-residentes y los extranjeros residentes, categorías ambas que adquieren su máxima importancia, en todos los países, relacionadas con el tema de la IE y del control de cambios, cuestiones tan íntimamente conectadas entre sí.

Antes de analizar cada una de las situaciones señaladas, conviene hacer una breve referencia al aspecto general de la "residencia" en nuestra normativa legal, como presupuesto indispensable del desarrollo ulterior de estas nociones, aplicadas a la IE (13).

(12) El art. 21 del C.c., al que se refiere este supuesto, ha sido modificado en el sentido indicado -voluntariedad de la pérdida de la nacionalidad española y de la adquisición de la extranjera- por la ley de 2 de mayo de 1.975, nº 14.

(13) El tema de la residencia adquiere una cierta importancia en el Derecho internacional, donde ha sido abordado en algunas Convenciones multilaterales (La Haya, -- 1.896, 1.902 y 1.905). Vid. SCHNEIDER B., Le domicile international; Neuchâtel, 1.973; págs. 112 y ss., y -- también VILIRA M.A., El domicilio en el Derecho internacional privado; Montevideo, 1.958, que contiene una amplia exposición del Derecho comparado y una extensa reseña bibliográfica.

La residencia -como señala CASTRO (14)- significa el estar de asiento en un lugar (residere); está - la residencia allí donde se vive o habita, como lugar de la propia vivienda (casa-habitación, hogar y hospedaje no transitorio). La "habitualidad" es el signo distintivo -- del domicilio y el que le separa de la mera residencia. - Le caracteriza, más que la duración o permanencia, la nota de ser la "residencia normal y la presumible para el futuro próximo"; pudiera decirse que es aquella que, en - si misma (en potencia) manifiesta su continuabilidad.

El C.c. admite estas ideas de la doctrina, al establecer en su art. 40 la identificación entre "domi cilio" y "lugar de la residencia habitual", y en otros -- preceptos (arts. 181 y 183) diferenciar el "domicilio" de la "mera residencia". Esta idea es de suma importancia a los efectos de nuestra exposición y así ha sido entendida por una reiterada jurisprudencia anterior y posterior al C.c. (T.S., sentencias de 17 de septiembre de 1.858; 20 - diciembre 1.859; 6 febrero 1.866; 17 enero 1.868; 19 de - marzo 1.877; 18 septiembre 1.947; 24 diciembre 1.957; 19 febrero 1.958; 29 noviembre 1.958) a tenor de la cual "la residencia exigida por la ley es la permanente, o sea la residencia habitual, debiendo entenderse por tal el estar en un punto determinado con intención de permanecer en él, y esto no puede afirmarse del simple hecho de residir en España un extranjero durante 18 meses, sin que se le conozcan actividades o modos de vivir que acrediten aquella intención o permanencia" (sentencia de 21 diciembre de -- 1.959).

En el ámbito de nuestro Derecho puramente administrativo, la distinción entre las diferentes situaci ones en que los extranjeros vinculados a nuestro territi

(14) Derecho civil, cit.; tomo II, pág. 459.

torio podrían encontrarse, aparece nitidamente establecida en el RD de extranjería de 1.852, y ha sido sucesivamente contemplada por el D. de 12 de marzo de 1.917, el D. de 4 de octubre de 1.935, el D. de 2 de julio de 1.954, el D. de 14 de enero de 1.955 y el D. de 14 de febrero de 1.974, que es la norma fundamental actualmente vigente.

El RD de extranjería distinguió entre los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza (art. 2º, que son tenidos por españoles), los extranjeros "domiciliados" y los extranjeros "transeuntes" (art. 3º). - Son extranjeros "domiciliados" los que se hallen establecidos con casa abierta o residencia fija o prolongada -- por tres años y bienes propios o industria y modo de vivir conocido en territorio de la monarquía con el permiso de la autoridad superior civil de la provincia (art. 4º) (15). Estos extranjeros domiciliados fueron convertidos en "extranjeros residentes" en virtud del D. de 12 de marzo de 1.917 (16). El D. de 4 de octubre de 1.935 -- modificado por el de 2 de julio de 1.954 -- completa las normas anteriores respecto de los extranjeros transeuntes y residentes. Con relación a éstos últimos establece que los extranjeros que pretendieran, una vez caducado el --

(15) Como apunta MIAJA, las disposiciones del RD de 1.852 -- quedaron prácticamente en desuso, como lo atestigua el que apareciesen, en fechas bastante separadas, las R.O. de 7 de junio de 1.895 y de 18 de diciembre de 1.902, en las que el Ministerio de la Gobernación recordaba -- su observancia. Se explica, porque el efecto principal de la doble inscripción en Gobiernos civiles (art. 9º) y Consulados (art. 10) producía para los extranjeros -- domiciliados su sumisión al Fuero de extranjería, derogado por la Ley de Unificación de Fueros, de 6 de diciembre de 1.868 (Derecho internacional privado, cit.; tomo II, pág. 145).

(16) El RD de 12 de marzo de 1.917 distingue entre: a) extranjeros residentes (casa abierta, ocupación conocida, inscripción en los Registros de los Consulados y de -- los Gobiernos civiles); b) prófugos, desertores y refugiados políticos y c) vagabundos o indigentes (arts. 6º 7º y 8º).

plazo de permanencia concedido, continuar en España con - carácter temporal o definitivo, están obligados a solicitar por escrito les sea expedida la "Autorización de residencia para extranjeros" (art. 17).

En la actualidad, toda la normativa referida a la residencia de extranjeros en nuestro país, se encuentra recogida en el D. nº 522/1.974, de 14 de febrero, que deroga el régimen anterior. Se trata de una disposición no excesivamente técnica que, al pretender refundir y amalgamar los criterios legales anteriormente vigentes, innovándolos en algunas cuestiones concretas, ha creado -a -- nuestro entender- un evidente confusionismo en alguno de los conceptos que contiene, oscureciendo su sentido.

El art. 14 de ésta disposición clasifica a - los extranjeros, en su relación con nuestro territorio en dos principales categorías: domiciliados (los que gozan - de permiso de permanencia o de autorización de residencia) y transeuntes, los viajeros en tránsito o en visita turística o similar.

Esta distinción es de suma importancia como criterio interpretativo de la normativa de IE, y merece ser conocida más detalladamente.

A) Son extranjeros transeuntes todos los que están vinculados al territorio español por razón de tránsito hacia otros países, o como consecuencia de visita turística o similar (a tenor del art. 14).

Los extranjeros transeuntes solo podrán permanecer en nuestro territorio durante el plazo que exprese el pasaporte o documento similar supletorio, salvo autorización de prórroga específica (arts. 15 y 16) (17).

(17) Un caso de interés presenta el tema referido a los extranjeros de aquellos países con los cuales se ha acor

b) Extranjeros domiciliados. Podrían considerarse como tales, aquellos extranjeros en los que cabe reconocer un principio de arraigo al territorio español, derivado de su deseo de permanencia en el mismo -- (art. 17,1) o de efectiva vinculación a la comunidad nacional (art. 19,2). Los extranjeros domiciliados pueden, a su vez, ser diferenciados en otras dos categorías:

a) Extranjeros domiciliados con permiso de permanencia, de cualquiera de estas dos modalidades:

= ordinario: tienen un periodo de validez de tres meses, renovables por plazos de tiempo sucesivos de igual duración, sin tiempo máximo para las prórrogas sucesivas (art. 17,2), y

= especiales, concedidos con carácter excepcional, y cuyo plazo de vigencia, diferente al de tres meses señalado, no podrá exceder de un año (art. 17,2).

b) Extranjeros domiciliados con permiso de residencia (art. 19,1). Esta categoría de extranjeros necesitará para la obtención de su cualidad de residente, haber poseído primeramente la condición de extranjero domiliado con permiso de permanencia (art. 19,1) y, después, acreditar en debida forma sus circunstancias personales, medios de vida y demás extremos que contribuyan a justificar la realidad de sus pretensiones y los motivos que le inducen a solicitar el permiso de residencia (art. 19,2). El plazo de duración de tales permisos será de -- dos años en la iniciación, renovables por otros dos y, -

dado la supresión de visados y aún de pasaportes para sus respectivos nacionales, bastando simplemente con la presentación del respectivo documento acreditativo de identidad, emitido por la Autoridad de cada país signatario del acuerdo.

transcurridos ambos plazos, las ulteriores renovaciones - podrán concederse por cinco años, previa petición del interesado y justificación de su arraigo económico, social o familiar en el país (art. 21).

Aparte de las diferencias puramente formales entre una y otra condición de domiciliado (que afectan tanto al título mismo (18) como a su inscripción (19)) y del enorme grado de discrecionalidad que existe en esta cuestión (20), las situaciones descritas no producen, por el contrario, respecto al ámbito de los derechos que conceden en la esfera patrimonial, diferencias sensibles (21). El C.c., en su art. 27, y el C. de c. en su art. 15, se refieren a los extranjeros en general, y el art. 24 -- del Decreto de febrero de 1.974 parece admitir el criterio de equiparación entre ambas categorías de extranjeros domiciliados, lo que complica la distinción real entre ambas categorías de extranjeros domiciliados. Tal vez la -- distinción debiera haberse buscado a través de la adopción del criterio temporal, es decir, estableciendo unos plazos máximos de residencia en el caso de los extranjeros - con permiso de permanencia, cumplidos los cuales deberían

-
- (18) El permiso de permanencia se hará constar mediante diligencia en el pasaporte del titular (art. 18, 2); el permiso de residencia, a través del libramiento de un carnet o tarjeta individual a su titular (art. 20,1). Tanto en uno como en otro caso, ampararán a los familiares del titular que figuren en el pasaporte - (art. 18,2) o que tengan menos de 16 años (art. 20,2).
- (19) El permiso de únicamente conocimiento de la D.G. de Seguridad (art. 18,2); el permiso de residencia precisa la inscripción en el Registro de extranjeros residentes (art. 20,1).
- (20) Según se desprende de los arts. 17,1 y 3; 19,1 y 2; 26; 28 y 29 del D. nº 522/74; vid. Sentencias del T. S. de 22 de noviembre de 1.965 y 13 de abril de 1.971.
- (21) La Constitución vigente establece, en cambio, una diferencia sustancial en el ámbito de las libertades públicas, al señalar que gozarán de ellas "los extranjeros residentes en España ... en los términos que la ley establezca" (art. 12,2º).

optar o por solicitar tarjeta de residentes o por abandonar el país. El enorme grado de discrecionalidad otorgado a la Autoridad administrativa, puede dar lugar a la existencia de situaciones transitorias de duración imprevisible, que desemboquen en situaciones jurídicas complicadas y peligrosas por su propia indefinición.

Ahora bien, no puede el jurista olvidar en ningún momento que la temática de la IE está íntimamente relacionada e influenciada por la del control de cambios, y de ahí que deba tomar en consideración las normas que, a tal fin, se han dictado regulando la situación de residentes y no-residentes en ésta vertiente de las operaciones de inversión.

Las nociones de "residente" y "no-residente" dentro de nuestra normativa cambiaria, aparecieron con las primeras disposiciones dictadas sobre la materia. En el D. de 29 de mayo de 1.931 (establecimiento de un régimen general de operaciones sobre divisas, ante la evasión de capitales) (22), ya se aludía a estas diferencias en los apartados 3º, 7º y 11º de su art. 2º, aunque en otras normas de las mismas fechas (vgr.: O.M. 25 de mayo de 1.931; nº 14 del art. 2º del D. de 29 de mayo de 1.931; D. de 18 de julio de 1.931; D. de 8 de noviembre de 1.935) también se acogía como criterio diferencial el "domicilio" de los afectados.

La Ley de Delitos monetarios de 24 de noviembre de 1.938 consagra definitivamente las nociones -

(22) Como puede observarse, constituye una constante de nuestra historia económica que, ante un cambio de régimen político que haga presumir cierta evolución en la tendencia de las instituciones políticas hacia una mayor democratización de las instituciones, se produce el éxodo ilegal de capitales hacia el exterior.

de "residente" y "no-residente" en la legislación cambiaria (art. 1º, apdos. 14 al 18), pero sin concretar una - específica delimitación conceptual de ambos términos. Un comentarista de esta norma (23) se limita a señalar como, de acuerdo con el contenido del art. 40 del C.c., a las personas físicas se les puede aplicar -para su conexión con el precepto legal de 1.938- tanto el criterio de la "residencia" como el del "domicilio", señalando que, en el primer caso, se trata de un concepto material o de hecho que, cuando es habitual, "sirve normalmente para determinar el domicilio de las personas físicas"; considerando, en cambio, el "domicilio" como un concepto puramente abstracto o jurídico que unas veces coincide con - la residencia (domicilio voluntario: art. 40 del C.c.), pero que otras es independiente de ella (domicilio necesario: art. 64 LEC).

En la actualidad, en esta materia es básica la Circ. nº 248, emitida por el I.E.M.E. con fecha 7 de agosto de 1.968, cuyo valor legal ha sido autorizada mente (24) puesto en entredicho. Pero es indudable que

(23) UBIERNA, J.A., Régimen legal de la moneda extranjera; Madrid, 1.942; pág. 179.

(24) En este sentido escriben ALVAREZ y EGUIDAZU (Control de cambios, cit.; Tomo I, pág. 42) que -de acuerdo - con las leyes de Procedimiento Administrativo y de - Régimen Jurídico de la Administración del Estado- se pueden señalar una limitación fundamental a la Circular 248: por tratarse de una Circular dirigida únicamente a la Banca Delegada, y no publicada en el "Boletín Oficial del Estado", no obliga directamente -- más que a los destinatarios de la misma y para las - finalidades especificadas en ellas, a saber: la aplicación de códigos estadísticos por la Banca a las entradas y salidas de divisas, así como a los adeudos y abonos en cuentas extranjeras. Bien es cierto, que hoy en día la mayor parte de las operaciones que contempla el control de cambios, exige la intervención de un Banco delegado, por lo que, indirectamente, -- los criterios establecidos por el Instituto Español de Moneda Extranjera, sobre "residentes" y "no residentes" tienen una aplicación práctica y general. -- Sin embargo, no todas las operaciones exigen, necesariamente, la intervención de un Banco delegado y, -- por otra parte, un concepto como éste, que está esta

su valor interpretativo no puede desconocerse en absoluto (25).

En las normas I y II de la citada Circ. nº 248, se considera como "residentes" a "las personas físicas que tengan su residencia en España" y como "no-residentes" a las "que tengan su residencia en el extranjero", conceptos en verdad que poco aclaran toda vez que en la definición entra como elemento esencial lo definido (26).

Es curioso observar como en ésta Circ. -a - diferencia del D. nº 522/1.974- la cualidad de residen-

bleciendo derechos de los administrados, y que en -- función del mismo pueden desencadenarse sanciones -- (a veces tan graves como la pérdida de la libertad) debería estar reflejado en una norma, provista de todos los requisitos exigidos en nuestro Derecho para que obligue, y, especialmente el de su publicación -- en el "Boletín Oficial del Estado", conforme prescriben los artículos 29 de la Ley de Régimen Jurídico y 132 de la Ley de Procedimiento administrativo. No -- queremos con esto criticar el sistema de circulares como medio de establecer normas de procedimiento que han de seguir los Bancos delegados en las distintas operaciones en que intervienen, ya que está admitido en la casi totalidad de las legislaciones (pensemos, por ejemplo, en las simples cartas dirigidas por el Banco de Francia a la banca francesa, dando instrucciones para la realización de determinadas operaciones de cambio). Lo que sí, en cambio, queremos señalar -- es que ciertos aspectos de la legislación de control de cambios tienen que estar regulados, necesariamente, por normas de rango superior al de circular.

- (25) En este sentido coincidimos con LUCAS F., Contratación en España por extranjeros; 5ª ed.; Madrid, 1.976; tomo I, pág. 179.
- (26) Nos parece que en ésta Circular se han intentado copiar los términos del D.L. italiano nº 476/1.956, por el -- que se regula el control de cambios en aquel país, y -- que ha hecho escribir a la doctrina que el concepto de "residente" que contiene es una "figura peculiar" que nada tiene que ver con el que suministra el C.c. (LAURO F., Il regime valutario italiano nell'ambito dei rapporti economici con l'estero; Roma, 1.971; pág. 92), debiendo entenderse como "la estancia habitual del sujeto personal, estancia hacia la cual se manifiesta en concreto el "Animus incolandi" (CARNEVALE A., Compendio di diritto valutario; Milán, 1.973; pág. 16).

te, y su "identificación", habrá de probarse, no con la correspondiente "tarjeta de residencia" o "permiso de permanencia", en su caso, sino con la "Tarjeta de identificación fiscal" expedida a nombre del extranjero -- (norma I,2. y IV,3.b). Tales "Tarjetas de identificación fiscal" se establecieron, a efectos del Impuesto general sobre la Renta de las personas físicas, por el art. 8º -- del D. de 23 de diciembre de 1.967, en el cual se entiende por residente al extranjero que permanezca en territorio nacional más de seis meses durante un año natural, sin -- que para computar dicho plazo se descuenten las ausencias cuando, por las circunstancias en que se realicen, deba inducirse la intención de no ausentarse definitivamente de España (27). Se trata, como puede suponerse, de un -- concepto puramente fiscal de la residencia, que no requiere la existencia de autorización administrativa para que se considere como tal. De ésta circunstancia cabe deducir la posibilidad de existencia de su situación jurídica -- realmente paradójica, cual es la de que un "no-residente" a efectos administrativos pueda ser considerado "residente" a efectos puramente fiscales (28).

A tenor de cuanto hemos señalado y tratando de establecer alguna conclusión válida, entendemos que -- el concepto de "residencia" ha de estimarse ligado, en -- nuestra normativa, al de "domicilio voluntario", figura jurídica clara que, a su vez, implica la admisión de: 1º)

(27) Tal vez así se explicaría que en las "Cuentas de ahorro del emigrante" (reguladas por el R.D. de 13 de mayo de 1.977), se permita al emigrante titular de la cuenta en "pesetas convertibles", en el caso de repatriación, y hasta que no transcurran dos años de la misma, continuar siendo considerado como "no-residente" y, por -- tanto, titular de una cuenta en pesetas convertibles, que solo por el transcurso de un lapso de tiempo superior se convierte en "cuenta de ahorro ordinario", es decir, cuenta en pesetas ordinarias (art. 2º).

(28) Igual observación hacen ALVAREZ y EGUIDAZU (Control de cambios, cit.; tomo I; pág. 33).

un ánimo o voluntad de residir de modo estable (elemento intencional); 2º) la residencia como elemento físico del concepto (lugar físico donde se establece el domicilio - del extranjero) y 3º) autorización administrativa para permanecer en territorio español (para "domiciliarse" en España) (29).

En este sentido el concepto de extranjero - residente en España, se referiría solamente a la categoría que el D. nº 522/1.974, designa específicamente como "extranjeros domiciliados con permiso de residencia" -- (art. 19,1.), argumento que nos parece fortalecido por el mismo contenido del apartado b) del art. 22 de la propia disposición, que establece la obligación de "notificar - los cambios de domicilio, dentro del territorio nacional", y que no se impone a los titulares de los "permisos de permanencia".

A los efectos de las operaciones de IE a través de la adquisición de valores mobiliarios, las distinciones señaladas tienen gran importancia desde el momento que amplían o restringen, según los casos, las posibilidades de "pago o aportación" con las que se puede realizar la inversión; estos puntos se examinan concretamente al - tratar de los elementos reales de la IE.

El RIE establece que se entenderá por IE -- las realizadas en España por personas físicas extranjeras, cualquiera que sea su residencia (art. 1º,1), por lo que la determinación de su situación, en éste aspecto, tiene más importancia, según expresamos, en el aspecto puramente monetario que en el material. No obstante, el haber -

(29) El art. 162 del Rgto. Notarial viene a equipar la residencia y el domicilio. A nuestra misma conclusión llega SCHNEIDER, Le domicile, cit.; pág. 121, cuando establece la identidad material del domicilio y la residencia habitual.

delimitados el contorno de la noción de residencia contribuye a clarificar algunos extremos que afectan, también, a la misma formalización de las operaciones de IE, tal y como vienen impuestos por las normas de específica aplicación. De aquí, que estimemos conveniente matizar ambos conceptos de extranjero "no-residente" y "residente" extendiéndonos algo más sobre estas nociones y otras situaciones que pueden plantear dudas fundadas sobre su adscripción a cualquiera de ellas.

1.1.1.2.1. EXTRANJEROS "NO-RESIDENTES".

Se trata de un concepto "negativo" de la aplicación del criterio de vinculación al territorio español. En este sentido, se consideran como extranjeros - "no residentes" a todos los que poseen su domicilio fuera de nuestras fronteras, es decir, a quienes no están - vinculados al territorio español porque carecen de un domicilio en el mismo.

En este sentido han de ser considerados como "no residentes" no solo los extranjeros que no han traspasado las fronteras españolas, sino los que habiéndolo efectuado, lo hicieron en calidad de transeuntes y turistas o asimilados.

En todos los países la situación más típica de inversionista extranjero es, precisamente, la -- del "no-residente", porque no plantea cuestión alguna de interpretación de las normas vigentes (30).

1.1.1.2.2. EXTRANJEROS "RESIDENTES" EN ESPAÑA.

Desde el punto de vista administrativo,

(30) Pacto Andino (Decisión 24, art. 1º); Ley italiana 1.956 (art. 1º); Ley argentina nº 21382 (art. 2º, 2); Circular francesa 28 junio 1.977 (apdº. 1º); Estatuto chileno (art. 1º); Ley mejicana de 1.973 (art. 2º); etc.

es extranjero residente aquel cuyo domicilio se encuentra situado en territorio español. Y ya vimos como para conseguir tal calidad de domiciliado, era precisa la posesión de la correspondiente "tarjeta o carnet de residente" -- (art. 19,1,D. nº 522/1.974).

Como el concepto de residencia no está delimitado formalmente por ninguna disposición legal, y como el extranjero en posesión de un "permiso de permanencia" (art. 17,2,D. nº 522/1.974) está calificado de extranjero domiciliado, la doctrina se pregunta si ésta última categoría habría de incluirse --a los efectos de la normativa cambiaria y, por tanto, con consecuencias en el ámbito de la IE-- entre los extranjeros "residentes" en el país.

LUCAS (31) entiende con ciertas reservas -- que, a tenor de la equiparación que el D. nº 522/1.974 hace entre los extranjeros "domiciliados" y los que poseen "permiso de permanencia", y de acuerdo con los términos -- del art. 40 del C.c., no existe dificultad en admitirlos como extranjeros residentes, aplicándoles el régimen que para éstos establecen la LIE y el RIE, sobre todo en materia de aportaciones.

A la posibilidad anterior oponen ALVAREZ y EGUIDAZU (32) los siguientes argumentos: en primer término, que ya la terminología utilizada (autorización de residencia versus residente) parece vetar la asimilación -- propugnada; en segundo lugar, en razón a los requisitos -- que para obtener dicha autorización exige la Administración (principalmente el denominado "animus manendi" que, en definitiva, está presente en la exigencia de justificar medios de vida o arraigo económico, social o familiar

(31) Contratación en España, cit.; págs. 178-179.

(32) Control de cambios, cit.; Tomo I; pág. 29.

exigidos por el D. nº 522/1.974); en tercer término, el art. 27 del D. nº 522/1.974 en el que se regulan las sa lidas de los extranjeros del territorio nacional, ya -- que aquellos que solamente tienen permiso de permanen-- cia, en caso de salida no tienen derecho alguno adquiri do para volver a España, y consiguientemente tendrán -- que iniciar nuevamente los distintos trámites adminis-- trativos para entrar en nuestro territorio, como si lo hicieran por primera vez, mientras que los que disfru-- ten de autorización de residencia, por el contrario, -- pueden salir y volver a entrar en España en tanto la au torización y su pasaporte estén en vigor, sin requisito especial alguno. Finalmente, el C.c., al considerar el domicilio como residencia habitual, está contemplando -- el lugar donde se reside, y no una característica o cua-- lidad de la persona que interviene en un negocio jurídi co; tal vez la interpretación que debe darse a la expre sión "domiciliados" del art. 14 del Decreto es que, así como los visitantes y transeuntes no tienen obligación de tener un lugar fijo donde puedan ser localizados, -- los que gozan del permiso de permanencia o autorización de residencia deben tener señalado dicho lugar.

A nuestro entender la postura negativa en cuanto a la asimilación propugnada es, desde luego, la correcta, pudiendo añadirse otros argumentos en favor -- de la misma. En el D. nº 522/1.974 el legislador, bajo la nomenclatura única de "domiciliados" ha distinguido dos fases o escalones en la concesión del estatuto de "resi dente", porque bien claramente se reconoce en el art. -- 19,1, la necesidad de obtener, como primer paso para -- ser residente, el correspondiente permiso de permanen-- cia. Luego se trata de dos situaciones excluyentes y -- distintas, aunque legalmente se las englobe bajo una -- misma e idéntica denominación; lo que no deja de consti-- tuir un absurdo legal. Por otra parte, al residente se le exige la constancia de un domicilio, porque de hecho -- se asimila a los nacionales que tienen la obliga--

ción de poseerlo en todo caso, circunstancia que no parece existir respecto a los que gozan de un permiso de permanencia (según se deduce del art. 22), requisito éste indispensable en materia de control de cambios. Además dictado el RIE con posterioridad al D. nº 522/1.974, parece que se tuvieron bien presentes las normas de éste y, por ello, el apdo. 1.2. del art. 1º del RIE establece -- claramente que "las personas físicas extranjeras acreditarán su condición de residentes ... mediante la "Tarjeta de residentes" prevista en el D. 522/1.974, de 14 de febrero ...", términos explícitos que no parecen dejar -- mucho lugar a las dudas sobre la clase de extranjeros -- "domiciliados" a los que se está refiriendo.

Por otra parte, la concurrencia en una persona física extranjera de dos o más domicilios (33), uno en España y otro u otros fuera del país, no implica la existencia de especialidad alguna respecto de su consideración de residente a efectos de nuestra normativa cambiaria que, como se admite generalmente, constituye una legislación esencialmente "territorial", aunque se deban reconocer excepciones a éste principio (34).

1.1.1.2.3. SITUACIONES ESPECIFICAS.

En la práctica se producen una serie de situaciones que, por su misma excepcionalidad, plantean -- evidentes problemas de encaje en las nociones jurídicas usuales. Por ello haremos una referencia a las que la -- doctrina ha examinado con mayor detenimiento.

(33) Las discusiones sobre la posibilidad de "domicilio múltiple" no han dejado de suscitarse. Nos remitimos a -- VILFA, El domicilio, cit.; págs. 134 y ss.

(34) Sobre éste tema nos remitimos a GOLDMAN B., Reglamentación del changes et Droit international privé, en la obra dirigida por DANIEL J., Le controle des changes: ses repercussions sur les institutions juridiques; Paris, s/f.; págs. 46 y ss.

A) Diplomáticos extranjeros que desempeñan sus actividades en España.

A efectos de la problemática de la IE, la situación del personal diplomático acreditado en España, residente de hecho y con domicilio en el país, planteaba la duda de su consideración o no como "residentes". Tres -- cuestiones vamos a examinar en este apartado.

a) Consideración personal del diplomático.

La Circ. 248 del I.E.M.E. establece que deben -- ser considerados como "no residentes" los "diplomáticos extranjeros acreditados en España, provistos del correspondiente pasaporte justificativo de esta situación" -- (norma II,1., c).

b) Consideración familiar del diplomático.

Menor claridad presente el caso de los miembros de la familia del personal diplomático acreditado en España.

A nuestro entender, parece que el principio de "unidad familiar" consagrado en los arts. 17,1º y 19 del C.c., así como la "vis atractiva" que debe ejercer la -- condición jurídica del cabeza de familia --tal y como se deduce de los apdos. 2, 3 y 4 del art. 9 del mismo cuerpo legal-- nos inclinan a considerar que todos ellos de-- ben poseer la cualidad de "no residentes".

A mayor abundamiento cabe citar el art. 37' de -- la Convención sobre relaciones diplomáticas, firmado en Viena el 18 de abril de 1.961, al que se adhirió España el 21 de noviembre de 1.967 (publicado en el B.O.E. de 24 de enero de 1.968), a tenor del cual se acepta como -- principio general que "los miembros de la familia de un

Agente diplomático que forman parte de su casa, gozarán - de las inmunidades y privilegios que a aquel otorgan los arts. 29 a 36" del mismo convenio. Y el art. 53 del Conve nio de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1.963 (al que se adhirió España el 3 de febrero de -- 1.970; B.O.E., 6 de marzo de 1.970) repite prácticamente la fórmula legal de la Convención de 1.961, extendiendo - estatuto especial tanto a los miembros de la familia del Cónsul como a los miembros de su personal privado (apdo. 2).

c) Española que contrae matrimonio con diplo mático extranjero destinado en España, donde residen am-- bos.

El art. 23, 3º del C.c., en la redacción otor gada por la reforma de 1.954, señalaba que "perderá la na cionalidad española la española que contraiga matrimonio con extranjero, si adquiere la nacionalidad de su marido". Aplicado este principio a la cuestión propuesta, la res-- puesta a la misma aparece, a nuestro entender, claramente delimitada: si la mujer española que contraía matrimonio con diplomático extranjero destinado en España, adquiriría la nacionalidad del marido, perdiendo la española, habría de ser considerada, a los efectos que nos ocupa, como per sona "no residente" en nuestro país.

La ley de 2 de mayo de 1.975 modificó este - precepto, derogando el citado apartado 3º, añadiendo en - contrapartida un nuevo párrafo al art. 21 del mismo C.c., a tenor del cual "el cónyuge español solo perderá su na-- cionalidad por razones de matrimonio con persona extranje ra si adquiere voluntariamente la de éste" (35). Nos pare

(35) En la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1.975 se justificaba éste cambio de orientación en la forma siguiente: "En materia de nacionalidad de la mu jer casada, el C.c. aplica en forma rigurosa el llama

ce que la situación establecida en la última reforma abo
na, todavía más, nuestra idea anteriormente expresada, -
porque la mujer española tiene la facultad de escoger en
tre la adquisición de la nacionalidad del marido o la --
conservación de la española, y si, en esta tesitura, op-
ta por lo primero es de suponer que ello se efectua con
pleno conocimiento de las consecuencias de todo orden -y,
por tanto, en el terreno patrimonial- que de ello pueden
derivarse(respecto a su extensión nos remitimos al art.
9º, del C.c.).

do principio de unidad de la familia. De esta suerte,
la mujer que contrae matrimonio adquiere la nacionali-
dad del marido, salvo cuando, excepcionalmente, el Or-
denamiento jurídico de éste se la niegue. Y, si el ma-
rido cambia de nacionalidad, la mujer ha de seguir ne
cesariamente esa nueva nacionalidad, si no está judi-
cialmente separada. La regla de una rigurosa unidad -
de la familia pudo tener un fundamento social en los
momentos históricos en que las comunidades nacionales
eran compartimientos muy replegados sobre sí y poco -
comunicadas. Por ello se consideraba necesario que la
familia, como cuerpo intermedio entre la sociedad y el
Estado, fuera exponente también de la rígida unidad -
nacional. En nuestro tiempo, sin embargo, la multipli-
cación de las relaciones internacionales, tanto a es-
cala de los Estados como de las personas, y el decidi-
do tránsito hacia comunidades más amplias que las na-
cionales, hacen que aquellas premisas se hayan altera-
do, de manera tal que no se ve ya razón suficiente pa
ra que una misma familia no pueda estar compuesta por
personas de diferentes nacionalidades, al paso que la
coherencia de la familia se manifiesta más en el or-
den afectivo, interno y sustancial que en el externo
y formal. A ello se añade el hecho de que la regula-
ción actual ha conducido, en la práctica, a soluciones
que parecen contrarias a un natural sentido de la --
justicia. No es infrecuente el caso de mujeres españolas
que, por haber contraído matrimonio con extranje-
ros, aún sin haber abandonado nunca el suelo español,
son consideradas dentro de él como extranjeras, por -
el simple hecho de que la ley nacional del marido les
otorgaba la nacionalidad de éste, con la grave conse-
cuencia de perder cargos, empleos o puesto de trabajo
que desempeñaban en el país donde nacieron y continua-
ban viviendo. La reforma consagra el criterio de que
el matrimonio no incide por sí sólo y de manera auto-
mática en la adquisición, pérdida o recuperación de -
la nacionalidad española. La pérdida de la nacionali-
dad española, para quien contrae matrimonio con extran-
jero, ha de ser siempre voluntaria. Como consecuencia,
igualmente voluntaria ha de ser la adquisición de la
nacionalidad española por la persona de condición ex-
tranjera que casa con español o española."

En base a estas consideraciones estimamos inadecuada la conclusión que alcanzan ALVAREZ y EGUIDAZU -- (36), las cuales, basándose en razones poco convincentes, estiman que la mujer española deberá conservar, aún después de su matrimonio --y pese al cambio voluntario de nacionalidad, al que no aluden expresamente estos autores-- la cualidad de "residente" a los efectos cambiarios, lo que nos parece incoherente y confuso a todos los efectos.

B) Apátridas.

La "apatridia" es la carencia de una nacionalidad definida. El 28 de septiembre de 1.954 se aprobó -- el llamado "Estatuto de los apátridas", en el que se define como tal a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado. En nuestra normativa legal tienen la misma consideración los extranjeros que -- con un tiempo de residencia efectiva de tres años en España, no puedan ser legalmente considerados súbditos de otro Estado, y sean expresamente calificados como tales por la Administración (D. 22 de febrero de 1.957, sobre arrendamientos urbanos).

Las causas de ésta situación pueden ser múltiples (37), derivadas no solo de las desnacionalizaciones en masa y de los éxodos colectivos, sino de las propias discrepancias legislativas que puedan existir en materia de nacionalidad (38).

(36) Control de cambios, cit.; Tomo I, págs. 39-40.

(37) Vid. MIAJA, Derecho internacional privado, cit.; págs. 95 y ss.

(38) En nuestra doctrina era clásico el ejemplo deducido -- de nuestro propio ordenamiento legal, pues el art. 22 del C.c. --en su primitiva redacción-- establecía que -- la española que casase con extranjero adquiría la nacionalidad de éste. Pero si la ley nacional del marido no le otorgaba la de éste, la española se encontraba en un verdadero caso de apatridia, porque había perdido la nacionalidad propia y no había adquirido la de

A los efectos de nuestro estudio, el apátrida tiene la consideración de "extranjero", aplicándosele las normas relativas a su "residencia" o "no residencia" en las mismas condiciones que a cualquier otro extranjero. Si el inversionista es un apátrida con residencia habitual en España, será considerado como "extranjero residente"; si su domicilio estuviere localizado en cualquier país extranjero, su situación se equipara a la del "extranjero no residente".

C) Refugiados.

El problema de los refugiados políticos ha preocupado, sobre todo a partir del final de la última guerra mundial, a todos los Gobiernos; y fruto de esa preocupación fué el Convenio relativo al Estatuto de refugiados hecho en Ginebra el 28 de julio de 1.951.

En éste Estatuto se vino a definir al refugiado como a toda persona que como resultado de ciertos acontecimientos históricos ocurridos en Europa antes de 1.951 y debido al fundado temor de ser objeto de persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un particular grupo social, opiniones políticas, se encontrare fuera del país de su nacionalidad y no pudiere o, debido a tal temor, no quisiere ésta persona recurrir a la protección de aquel país; o quien, no teniendo ninguna nacionalidad y hallándose fuera del país de su anterior residencia habitual como resultado de dichos acontecimientos, no pudiere o, debido al expresado temor, no quisiere volver a él (art. 1º, apdo. 2).

su marido. El art. 15 de la Carta de los Derechos humanos (aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1.948) declara que "todo individuo tiene derecho a una nacionalidad. Nadie puede ser arbitrariamente privado de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad".

En nuestro país se considera como refugiados a "los extranjeros que, residiendo en territorio español durante tres años al menos, no pudieren o no quisieren reintegrarse al país de que fueren nacionales o gozar de la protección diplomática de éste, por temor a ser objeto de persecución fundada en motivos de raza, religión, opiniones políticas u otros análogos", siempre que hubieren obtenido la calificación administrativa de refugiados (arts. 2º y 3º, D. 22 de febrero de 1.957 referido, según ya expusimos, al régimen de arrendamientos urbanos). Por otro lado, los arts. 13 y 23 del D. nº 522/1.974, reconocen la condición de "refugiado", al referirse a "los extranjeros carecen de documentación propia y no pueden obtenerla en la representación de su país" -- (art. 13) y a los "extranjeros que, por cualquier causa insuperable no puedan ser documentados por las Autoridades propias" (art. 14).

Desde el punto de vista de la IE, la situación en que se encuentra el "refugiado" en nuestro país presenta unas características peculiares, toda vez que, de ordinario, el refugiado continua ostentando su nacionalidad primitiva y, como tal, por ella se regirá su capacidad, estado civil, relaciones personales familiares, relaciones patrimoniales, etc. (art. 9º, C.c.); al propio tiempo que las particularidades que puedan derivarse de la existencia de Tratados bilaterales entre España y el país cuya nacionalidad ostente el refugiado, puede introducir un nuevo elemento específico a tener en cuenta. De alguno de éstos temas nos ocuparemos más adelante.

El criterio sobre la consideración como -- "residente" o "no residente" expuesto para los apátridas, puede darse por reproducido para los "refugiados".

D) La doble nacionalidad.

Como el más típico de los conflictos de na-

de múltiple nacionalidad. Los estudios sobre la cuestión son relativamente abundantes (40), prueba de la importancia que resiste en el campo de las relaciones jurídicas - internacionales.

El origen de estos conflictos de nacionalidad puede provenir, tanto de la existencia de normas de derecho interno que entran en colisión -por la tendencia de los Estados a aumentar el número de sus nacionales- (41), como por la firma de Tratados o Acuerdos entre naciones - que, deliberadamente, provocan estas situaciones de doble o múltiple nacionalidad (42).

(39) Derecho internacional privado, cit.; págs. 105 y ss.

(40) Como ejemplos cabe citar los trabajos siguientes: PRIETO-CASTRO ROUMIER F., La nacionalidad múltiple; Madrid, 1.962; CABALEIRO, La doble nacionalidad, en Rev. Legislación y jurisprudencia, Madrid, enero de 1.962, págs. 26 y ss.; BOGGIANO A., La doble nacionalidad en Derecho internacional privado, Buenos Aires, 1.973; CASTRO, La doble nacionalidad, en R.E.D.I., 1.948, págs. 77 y ss.; FERNANDEZ MARCANO L., Contribución al estudio de la doble nacionalidad de los hijos de españoles nacidos en América, La Habana, 1.924; MIAJA, Los convenios de doble nacionalidad entre España y algunas Repúblicas americanas, en R.E.D.I., 1.966; págs. 381 y ss.; SALLUSTRO O., Conflictos de ciudadanía y -doble ciudadanía, Buenos Aires, 1.962; TORO F., La doble nacionalidad, en Rev. Derecho Español y Americano, Madrid, 1.958, nº 14; UTRAY F., Apatridia y doble nacionalidad, Madrid, 1.948.

(41) Ejemplos: arts. 17,3, 22 y 26 del C.c., y antes de la reforma de la Ley de 2 de mayo de 1.975, también el art. 21 del mismo cuerpo legal.

(42) Tal es el caso de los Convenios de doble nacionalidad suscritos entre España y los siguientes países iberoamericanos: Chile (24 mayo 1.958, ratificado por instrumento de 28 octubre 1.958; B.O.E. 14 noviembre -- 1.958), Perú (16 mayo 1.959, ratificado 15 diciembre 1.959; B.O.E., 19 abril 1.960), Paraguay (25 junio -- 1.959, ratificado 15 diciembre 1.959; B.O.E., 19 abril 1.960), Nicaragua (25 julio 1.961, ratificado en 25 enero 1.962; B.O.E., 2 mayo 1.962), Guatemala (28 julio 1.961, ratificado en 25 enero 1.962; B.O.E., 10 marzo 1.962), Bolivia (12 octubre 1.961, ratificado en 31 marzo 1.964; B.O.E., 14 abril 1.964), Ecuador - (4 marzo 1.964, ratificado en 22 diciembre 1.964; B.O.E., 13 enero 1.965), Costa Rica (8 junio 1.964, ratificado en 21 enero 1.965; B.O.E., 25 junio 1.965), --

Para resolver las cuestiones que pueden plantear los dos supuestos señalados en el párrafo anterior, el C.c. contiene una norma específica surgida de la reforma de 1.974: art. 9º, apdo. 9, a cuyo tenor "a los efectos de este capítulo (se refiere a las "normas de Derecho internacional privado", Cap. IV, del Tit. preliminar), respecto a las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los Tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida (párrafo 1º). Prevalecerá en todo caso, la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los Tratados internacionales (párrafo 2º)" (43).

A tenor del texto legal transcrito, el régimen al que se acomoda nuestra legislación en materia de conflictos de nacionalidad es esquemáticamente el siguiente:

- a) Conflictos de nacionalidad previstos - en las leyes españolas.

Estos conflictos pueden referirse, a tenor de los preceptos del propio C.c., a los supuestos siguientes: 1º) cuando se produzca la pérdida voluntaria de la nacionalidad española infringiendo las condiciones legales que el propio derecho interno español exige para que

Honduras (15 junio 1.966, ratificado en 23 febrero 1.967; B.O.E., 18 mayo 1.967), República Dominicana - (15 marzo 1.968, ratificado en 16 diciembre 1.968; B.O.E., 8 febrero 1.969), Argentina (14 abril 1.969, ratificado en 2 febrero 1.970; B.O.E., 2 octubre 1.971).

(43) Sobre los antecedentes de éste texto legal nos remitimos a LUCAS, Contratación en España, cit.; tomo I, -- págs. 106 y ss., repetido en la obra colectiva Estudios sobre el título preliminar del C.c., cit.; págs. 83 y ss.

sea eficaz la renuncia (44); 2º) cuando se produzca la pérdida de la nacionalidad y existan Tratados específicos sobre ésta cuestión.

En ambos supuestos, de conformidad con la regla general del apdo. 1º del art. 9º del C.c., se aplicarán por el orden que se indica los siguientes criterios de solución: 1º) los que determinen los Tratados suscritos por España y el país cuya nacionalidad trate de obtenerse (recordemos el rango legal del Tratado entre nuestras -- fuentes del Derecho; art. 1º, 5); 2º) a falta de Tratado específico, se aplicarían --de existir-- las normas derivadas de Tratados internacionales generales suscritos por nuestro país; 3º) ante la inexistencia de Tratados especiales o generales, se estará a la nacionalidad que coincida con el lugar de la última residencia habitual del -- afectado, es decir, con su domicilio, y 4º) en defecto -- del criterio anterior, serán aplicables las normas que -- rijan en el país cuya nacionalidad sea la última adquirida.

b) Conflictos de nacionalidad no previstos en las leyes españolas o en Tratados internacionales.

Estas hipótesis se producen cuando, con arreglo a la ley española, un súbdito de otro país adquiere nuestra nacionalidad, sin consideración a si continua ostentando o no la suya de origen (45), o un español con

(44) A tenor del art. 22 no será eficaz la renuncia si se efectúa incumpliendo los requisitos que señalan los párrafos 2º y 3º: tener 21 años cumplidos o 18 y hallarse emancipado; haber recibido fuera de España, al menos, durante los tres años inmediatos anteriores y, en cuanto a los varones, no estar sujetos al servicio militar en periodo activo, salvo que medie dispensa del Gobierno; el no estar España en guerra con otro país.

(45) Tales son, por ejemplo, los casos a que se refieren el art. 17, 3º, el art. 21, el art. 26 del C.c.

tinua gozando de la española aunque, en razón a determina
das actuaciones o actos jurídicos, haya adquirido la de -
otro país (46).

En virtud del principio de la nacionali--
dad de origen como prevalente, el C.c. -art. 9º, apdo. 9,
párrafo segundo- establece que, en todo caso, prevalecerá
la nacionalidad española.

La aplicación práctica de los criterios -
indicados, en el campo de las operaciones de IE, nos con-
duce a los siguientes resultados:

= españoles que han renunciado voluntariamen
te a la nacionalidad española infrin
giendo las condiciones legales de nues-
tro Derecho interno: no adquieren la --
condición de extranjeros y siguen osten
tando la condición de españoles por lo
que se estará al lugar de su residencia
o domicilio en el extranjero para la --
aplicación de las normas de IE y cambiaria
s.

= españoles con doble nacionalidad en vir
tud de Tratados internacionales, pueden
ser de aplicación, según los casos, las
normas del:

- lugar del domicilio "actual" del inter
esado, salvo que exista traslado
a otro país no signatario del Tratado,
en cuyo caso se estará al "últi

(46) Art. 21 del C.c. cuando el cónyuge español no adquera
voluntariamente la nacionalidad del extranjero, y
las leyes del país de éste último les atribuyan la -
cualidad de nacionales.

mo" domicilio mantenido en el país con-
tratante (47).

- país que otorga la nueva nacionalidad
(48). que regirá incluso en los supues-
tos de cambio de domicilio a países --
terceros no signatarios del Tratado --
(49).

= extranjeros que adquieren la nacionalidad
española: se consideran a todos los efec--
tos como españoles, aplicándoseles unica--
mente el criterio de la residencia en el -
extranjero, como elemento diferenciador --
del trato específico que puedan recibir --
sus operaciones de inversión mediante la -
adquisición de valores mobiliarios españo-
les.

= españoles a los que la ley extranjera con-
fiere su propia nacionalidad y la española
le retiene la de origen: son considerados,
a todos los efectos, como españoles. Apli-
cación del criterio de la residencia o do-
micilio en el extranjero.

(47) Casos de los Tratados suscritos entre España y Chile
(art. 3º, párrafo 1º), Perú (art. 3º, párrafo 1º), -
Nicaragua (art. 3º, párrafo 1º), Guatemala (art. 7º,
párrafo 1º), Bolivia (art. 3º, párrafo 1º) y Hondu--
ras (art. 3º, párrafo 1º).

(48) Tratados entre España y: Ecuador (art. 3º, párrafo -
1º), Paraguay (art. 3º, párrafo 1º), Costa Rica (art.
3º, párrafo 1º), República Dominicana (art. 3º, pá--
rrafo 1º) y Argentina (art. 3º, párrafo 1º).

(49) "En el caso de que una persona que goce de la doble
nacionalidad traslade su residencia al territorio de
un tercer Estado, se entenderá por domicilio, a los
efectos de determinar la dependencia política y la -
legislación aplicable, el último que hubiere tenido
en el territorio de una de las partes contratantes"
(art. 4º, párrafo 1º del Convenio Hispano-Argentino).

E) Gibraltareños.

LUCAS (50) se ocupa de estudiar la especial situación jurídica en que se encuentran los nacidos y residentes en la ciudad del Peñón, porque "España ha considerado siempre a Gibraltar como un pedazo entrañable de tierra española ocupado por una potencia extranjera".

El D.L. de 11 de julio de 1.969 -completado por la O.M. de 19 de julio de 1.969- establece un régi--men de favor para que los gibraltareños puedan adquirir la nacionalidad española y ejercitar, en otro caso, actividades en territorio de soberanía española cuando tras-laden a éste su residencia.

Por tanto, si continúan residiendo en territorio de Gibraltar, habrán de ser considerados, a nues--tros efectos, como extranjeros no residentes en España. Si trasladan su residencia al territorio de soberanía española, pero no optan por esta nacionalidad, entendemos que deberán ser considerados como extranjeros residentes en España con régimen especial. Ahora bien, aún en este caso, y de acuerdo con el art. 4º del D.L. de 1.969, ca-bría establecer una doble distinción:

- gibraltareños que residieren en Gibraltar antes del 16 de octubre de 1.964 y opta--ren por residir en España, clausurando --sus actividades en tal ciudad, que pueden ser considerados como "extranjeros resi--dentes de régimen especial", en cuanto el art. 9º del D.L. de 1.969 permite que "las industrias propiedad de estas personas go--zarán de libertad de instalación, cualquie

ra que sea el régimen industrial que les fuese aplicable" (párrafo primero), lo que dá a entender que pueden poseer el 100% de su capital y a su vez significa una excepción al principio general de limitación de porcentajes de IE en sociedades españolas (51).

- gibraltareños que residieren en Gibraltar después del día 16 de octubre de 1.964 y trasladasen su residencia a territorio de soberanía española: se les aplica el régimen general de los extranjeros residentes en España, sin ventaja especial alguna.

F) Extranjeros residentes en España con autorización de residencia vencida.

El extranjero residente que no renueva a tiempo su autorización de residencia, perderá dicha condición y, en consecuencia, su permanencia posterior en el país lo será en concepto distinto (transeunte, turista, etc.). Los efectos que ésta situación nueva puede acarrear en las inversiones realizadas como residente, serán examinados posteriormente.

(51) El texto del art. 9º podría interpretarse en un sentido específico (caso referido únicamente a la industria "trasladada" desde Gibraltar) o genérico (con relación a cualquier tipo de empresas propiedad de gibraltareños residentes en España). Si se acepta el primer criterio, el régimen en cuanto a IE, sería excepcional (por una sola vez al instalarse en territorio de soberanía española); si el segundo, el régimen sería especial, porque no sigue las normas generales aplicables a los extranjeros residentes en el país. Nuestro criterio, enmarcado en la "filosofía política" que encierran estas normas específicas, se inclina por la segunda solución y de ahí que nos refiramos al régimen "especial de residencia".

La D.G. de Seguridad se ha ocupado de sentar un criterio válido respecto al caso de los extranje--ros que tienen en trámite la renovación de su autorización de residencia. En escrito de la Comisaria General de Fronteras, nº 842, de 19 de mayo de 1.975, evacuando consulta formulada por el Decano del Colegio Notarial de Baleares (52), viene a decir que, aún cuando la cuestión no está -prevista en el D. de 14 de febrero de 1.974, es evidente que si al extranjero le fué concedida la autorización de residencia por el plazo que señala el Decreto, y dicha autorización es renovable, tal como nos enseña dicho texto legal, es obvio que si la solicitud de renovación se produce dentro del plazo de validez, la situación legal ha -de quedar automáticamente prorrogada en tanto no resuelva la autoridad competente, pues aquella situación no se produce por culpa del extranjero, que hizo uso de su dere--cho en el plazo legal, y que, por lo tanto, los extranje--ros que se encuentren en tal situación, han de ser considerados como domiciliados de acuerdo con lo establecido -en el art. 14 del mencionado Decreto, al entender que durante el periodo de tramitación quedan prorrogados sus --permisos de permanencia o sus autorizaciones de residencia.

1.1.1.2.4. EFECTOS DE LA PERDIDA DE LA CONDICION DE RESIDENTE EN ESPAÑA, SOBRE LAS IE EFECTUADAS DURANTE LA RESIDENCIA.

La pérdida por parte de un extranjero, de su cualidad de residente en España, voluntaria o coactivamente impuesta (arts. 22,c/ y 26 del D. nº 522/1.974), --conlleva, como es lógico, la aparición de unas determinadas consecuencias respecto de las inversiones que, como residente, hubiese efectuado en nuestro país.

(52) Transcrita por LUCAS, Contratación en España, cit.; Tomo I, págs. 184-185.

Pero el tema queda reducido al supuesto de - que la IE hubiese sido realizada mediante la aportación por el extranjero residente, de "capitales interiores" - consistentes en "pesetas ordinarias", nociones estas que serán ampliamente tratadas en la referencia a los elementos reales de las operaciones de IE.

Esta posibilidad de aportación está recogida por el apdo. 2.2. del art. 2º del RIE, sin que produzcan a favor de su titular derechos diferentes a los que se - conceden a los nacionales españoles en sus inversiones - ordinarias.

La solución que habrá de darse a estos casos de traslados de residencia al exterior, será similar al tratamiento que deban recibir las inversiones efectuadas por un español cuando, residente al tiempo de realizarla en España, cambie su domicilio al extranjero.

En ambos casos, la inversión se ha realizado con pesetas ordinarias (53) y de aquí, que al no distinguir en este supuesto la LIE sino en base a la residen--cia más que a la nacionalidad, el tratamiento en ambos - supuestos, es prácticamente el mismo, con una especiali--dad referida a los españoles a la que haremos alusión -- posteriormente.

Y el efecto que se origina no es otro que el de la conversión de lo invertido como pesetas ordinarias (art. 2º, apdo. 2.2.) en IE en "pesetas interiores", por

(53) En la hipótesis de que el extranjero residente en España hubiese realizado inversiones aportando capitales exteriores (posibilidad que admiten la LIE y el RIE, art. 2º, apdo. 1.a/, de ambos textos legales), no se plantearía cuestión alguna por su cambio de residencia, porque el tratamiento conferido a los "capitales exteriores" es eminentemente objetivo, es decir, independiente del lugar de residencia del extranjero aportante.

aplicación de los criterios administrativos establecidos en materia de control de cambios (vid. Res. I.E.M.E. de 19 de julio de 1.961 -B.O.E. 20 de julio de 1.961-, apdo. II; Circ. nº 283 I.E.M.E., de 8 de marzo de 1.972, Tit. I). De esta nueva calificación se derivan consecuencias de gran importancia, a las que nos referimos posteriormente.

Naturalmente que, si en el caso presente, - el inversionista extranjero volviese a obtener la situación de residente, las IE realizadas con pesetas ordinarias -convertidas en interiores- recobrarían su carácter primitivo (vid. Circ. nº 248, norma VII).

1.1.2. PERSONAS JURIDICAS EXTRANJERAS.

Ya vimos como la LIE se refería a las IE -- efectuadas por personas jurídicas, tanto de carácter privado como público, y al exámen de las condiciones que deben concurrir, en cada caso, para su legitimación como - inversionistas extranjeros vamos ahora a dedicar nuestra atención (54).

Estos inversionistas "morales" pueden ser, a su vez, clasificados en dos apartados, según su naturaleza jurídica: personas jurídicas de Derecho privado y - personas jurídicas de Derecho público (55).

(54) HERRERO (Derecho internacional privado, I; Valladolid, 1.964; pág. 222) establece una clasificación previa de las personas jurídicas, distinguiendo entre aquellas - cuya capacidad está reconocida por el Derecho de gentes con independencia de cualquier legislación interna (vgr.: los Estados), las entidades internacionales o - supranacionales (Santa Sede, Comunidades europeas, FAO, OIT, etc.) y las personas morales "estatales", públicas y privadas.

(55) Para llevar a cabo esta distinción, y ante el silencio de normas positivas concretas, la doctrina ha -- ideado una solución alternativa: la remisión a la normativa interna de cada país donde se hayan constituí

Sin profundizar en el tema, clásico en el Derecho internacional, de la nacionalidad de las personas jurídicas, sí queremos poner de manifiesto que su análisis plantea un triple orden de consideraciones de gran interés a nuestros efectos.

Por una parte, la problemática de su reconocimiento por parte de los demás ordenamientos jurídicos nacionales; en segundo término, la atribución de nacionalidad y, por último, el régimen jurídico que debe aplicarseles o, en otras palabras, el problema de su estatuto personal.

Al Derecho internacional le corresponde dar respuesta, en el primer tema, a la pregunta sobre que ley es la apta o competente para saber cuando ha nacido una persona jurídica; es decir, concretar el momento, la forma, en que una persona moral extranjera puede tener relevancia jurídica, como tal, en un ordenamiento que no es el suyo propio.

Si prescindimos de las amplias discusiones -- doctrinales que la cuestión ha suscitado, debemos señalar con AGUILAR (56) que nuestro ordenamiento jurídico sigue en esta materia un sistema ampliamente liberal, tal y como se deduce de los arts. 27 del C.c. y 15 y 21 del C. de c.; actitud liberal que tiene su lógica protección en la posible intervención del "orden público" y en la aplicación de la ley territorial española en lo que hace referencia a las actividades que en España realicen las perso

do, domiciliado, reconocido, etc. -donde se establecerán los criterios para diferenciarlos-, o la aplicación de unos criterios de calificación internos (aplicación de la "Lex fori").

nas jurídicas extranjeras (57).

A tenor de dichos preceptos, corresponde al Derecho interno de cada país concretar las condiciones -- formales cuyo cumplimiento implica el nacimiento y reconocimiento legal de una persona jurídica.

Respecto al problema de la nacionalidad de las personas jurídicas extranjeras, pone de manifiesto -- AGUILAR (58), que debe ser contemplado en tres planos diferentes: a) existencia o no de una nacionalidad; b) criterios utilizados para determinar esta nacionalidad (adquisición, pérdida, cambio), y c) función que está llamada a desempeñar esa "nacionalidad" en los ordenamientos jurídicos extranjeros en que pretenda hacerse valer.

En el primer aspecto de estos tres citados, deshechadas las ideas que negaron la nacionalidad de las personas jurídicas (59) y admitidas las que establecen -- ciertas diferencias entre la nacionalidad atribuida a estas y a las personas físicas, puede establecerse, como -- criterio básico, la necesidad del reconocimiento y atribución de una determinada nacionalidad a las personas jurídicas.

Pero, una vez establecido tal principio, --

(57) El 12 de abril de 1.957 fué firmada por nuestro país -- la Convención sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, elaborado en La Haya en 1 de junio de 1.956.

(58) Derecho civil internacional, cit.; págs. 161 y ss.

(59) Mantienen esta tesis, entre otros, NIBOYET, Principios de Derecho internacional privado, Méjico, 1.960; págs. 140 y ss.; LYON-CAEN y RENAULT, Des sociétés, 4ª ed., París, Tomo II, números 1164 y ss.; PILLET, Personnes morales en droit international privé, París, 1.913, - Vol. I, págs. 118 y ss. El Tribunal Arbitral mixto -- franco-alemán, en una decisión de 30 de noviembre de 1.923 (asunto Jordan) acepta, igualmente, ésta idea.

concretar la nacionalidad que deba atribuirse a las personas jurídicas (60).

Telegráficamente, podemos señalar que, como principales nociones esgrimidas para solucionar la cuestión, se han propuesto (61):

1) Otorgamiento de la nacionalidad del -- país donde se crea o autoriza la sociedad -lugar de -- constitución formal- o sistema anglosajón de la "incorporation" (62);

2) aplicación de la misma nacionalidad -- que ostenten sus miembros, o sus directores o gerentes -principio de asimilación personal-;

3) por la situación de los bienes origen del capital o por el lugar de la emisión de los títulos que lo representan -principio de asimilación real-;

4) la nacionalidad viene atribuida de -- acuerdo con el lugar donde ejerce sus actividades;

(60) Para una idea específica, pueden consultarse: GALVAN ESCUTIA, La nacionalidad de las sociedades mercantiles, Valencia, 1.931; GIMENEZ ARTIGUES, La nacionalidad de las sociedades mercantiles, Barcelona, 1.949; MONROY CABRA, Tratado de Derecho internacional privado, Bogotá, 1.973, págs. 204 y ss.; BALESTRA R., Nacionalidad, control y régimen internacional de las Sociedades, Buenos Aires, 1.969; MAURY J., Derecho internacional privado, Méjico, 1.949; págs. 181 y ss.

(61) Para un examen completo, vid. LOUSSOUARN y BREDIN, -- Droit du commerce international, cit.; págs. 261 y ss.

(62) En los países anglosajones, las sociedades se regulan por el derecho del país en donde se las haya "incorporado" -prescindiendo del lugar donde radique su sede social efectiva- y éste solo hecho implica, de por sí, que la sociedad tiene derecho a la protección diplomática del Estado que las incorpora, porque en todo caso conserva siempre su nacionalidad de origen.

5) atribución por un acto de autonomía de voluntad de los fundadores;

6) por atribución del principio de la sede social o domicilio (63), y

7) en razón al efectivo control de la persona jurídica, tanto en lo referente a sus elementos personales como a los reales que configuran la existencia y funcionamiento de aquella (64).

Todas y cada una de las ideas enumeradas presentan ventajas e inconvenientes en su traducción práctica y, por ello, no faltan autores que, como MAZAEAUD y GRASMANN (65), criticaron la aplicación de un criterio único para solucionar el tema, llegando el último de los citados a sostener la idea de que parece necesario arbitrar regímenes jurídicos diferentes, según se trate del "circulo interno" o del "circulo externo" de la vida de la persona jurídica, lo que no deja de ofrecer posibilidades si pensamos en las denominadas sociedades supranacionales o internacionales,

(63) Sobre las cuestiones que plantea ésta idea, nos remitimos a AGUILAR, Derecho civil internacional, cit.; - págs. 166-168.

(64) Esta teoría, cuya general aceptación pareció abrirse camino a raíz de su formulación, surgió en base a ciertas disposiciones dictadas en Francia e Inglaterra con ocasión de la primera guerra mundial, cuando -a través de un Decreto francés de 28 de febrero de 1.916 y de una disposición inglesa de 14 de septiembre de 1.915- se estima que ciertas sociedades, formalmente nacionales, están de hecho dominadas por súbditos jurídicos extranjeros enemigos, considerándose las, en consecuencia, como extranjeras, lo que conlleva la aplicación de un régimen específico y excepcional en su trato como tales (vgr.: secuestro de bienes). En otro lugar de nuestro trabajo se contienen datos más concretos sobre la aplicación práctica de ésta idea. En el caso de la "Barcelona Traction" vemos cómo Bélgica utiliza el principio del control en el delicado campo de la protección diplomática.

(65) Cit. por AGUILAR, Derecho civil internacional, cit.; págs. 164, 165 y 177.

en muchas de las cuales es difícil reconocer una nacionalidad concreta y determinada.

Por partida doble nos hemos referido al tercer punto que plantea el problema de la nacionalidad de las personas jurídicas: a su "estatuto personal", entendiendo por tal el ordenamiento jurídico que debe concretar el al cance y los límites de las posibilidades de manifestarse la persona jurídica, como tal, en el campo de sus actividades específicas.

Aún cuando, por aceptación de la idea de GRAS--MANN, la doctrina dude acerca de la atribución incondicionada de un único estatuto personal a la persona jurídica, que deba regir tanto sus actividades de carácter interno como externo, es lo cierto que las dificultades inherentes a la delimitación de esos dos círculos de actuación, ha llevado a la doctrina, en general, a seguir admitiendo la atribución de un estatuto unitario, que será de aplicación al conjunto de las manifestaciones de aquella.

Esbozado muy someramente el índice de las cuestiones principales que plantea el reconocimiento internacional de las personas jurídicas de Derecho privado, nos corresponde ahora analizar algunas de aquellas, desde el específico ángulo del Derecho positivo español.

A) Reconocimiento de la existencia de personas jurídicas extranjeras por el ordenamiento legal español.

El tema no parece ofrecer dudas. Nuestro derecho positivo es explícito en el reconocimiento de las personas jurídicas extranjeras, según parece deducirse de -- principios generales contenidos en los arts. 28 y 35 del C.c. y del texto de los arts. 15 y 21 del C. de c., prescindiendo ahora de alguna consideración que se efectuará posteriormente, acerca de la interpretación de estos tex-

tos legales.

B) La atribución de nacionalidad en el Derecho positivo español.

En la concrección de un criterio de atribución de nacionalidad a las personas jurídicas extranjeras es donde se plantean las mayores dudas e inconvenientes, -- porque las normas positivas generalmente aceptadas como delimitadoras de la cuestión no han sido unánimemente interpretadas (66) y, en ocasiones, oscurecidas por la aparición de disposiciones que adoptaron criterios muy diversos (67).

La disyuntiva que presenta la doctrina patria al interpretar los textos legales, se concreta en la forma siguiente: para que a una sociedad se le atribuya determinada nacionalidad, ¿es necesario que se haya constituido con arreglo a la normativa de una país concreto y que su domicilio radique en dicho país, o basta solamente con éste último requisito prescindiendo del lugar de su constitución?

(66) Como señala GIMENEZ ARTIGUES (La nacionalidad, cit.; págs. 125-126) aún cuando la legislación española integra uno de los pocos ordenamientos jurídicos internos que expresamente se refieren a la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas el criterio que la informa se halla lejos de una interpretación única. Ello puede ser debido a que en esta materia, como en pocas, los autores al interpretar el Derecho positivo por demás inconcreto e incluso contradictorio se dejan inducir por la solución que en el terreno de jure conditio estiman preferible atribuyéndola a la mayoría de los ordenamientos que son objeto de su exámen, especialmente, por el influjo de una especie de chauvinismo jurídico, si se trata del de su propio país. Así puede explicarse que los tres criterios dominantes en la doctrina (el del domilio, el de la constitución y el del domicilio-constitución) hayan sido atribuidos a la legislación española.

(67) Nos remitimos a HERRERO, Derecho internacional privado, cit.; págs. 225 y 226 y a MIAJA, Derecho internacional privado, II, cit.; págs. 79 y ss.

Al interpretar el apartado primero del art. 28 del C.c. (68), parte de la doctrina se inclina por la consideración de que nuestro derecho positivo acepta el criterio del "domicilio-constitución", y en éste sentido se han pronunciado tanto el T.S. (sentencias de 17 de enero de -- 1.912; 30 de enero de 1.922; 3 de noviembre de 1.967) como la D.G. de los Registros y del Notariado (Res. 17 de abril de 1.953). No obstante, en la actualidad, nos parece que - debe imponerse el criterio del "domicilio" como el más acorde con el sentido del citado precepto legal -sobre todo en su apartado segundo en relación con el apdo. 2º del art. - 35 del mismo cuerpo legal (69)-, a tenor del cual las personas jurídicas extranjeras gozarán de la nacionalidad que les atribuya el lugar donde radique su domicilio social, - lo que, al decir de AGUILAR (70) sería entre nosotros el - equivalente de la sede social, de la sede administrativa - (71), traducción avalada por la escasa jurisprudencia que ha interpretado el art. 41 del C.c., insistiendo en el carácter real y auténtico del domicilio social (T.S., sentencias 21 de diciembre de 1.908 y de 7 de enero de 1.954).

(68) Establece dicho precepto que "Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código" (art. 28, apdo. 1º).

(69) "Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los Tratados o leyes especiales" (art. 28, 2º) y "las Asociaciones de interés particular, sean civiles mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados" (art. 35, apdo. 2º).

(70) Derecho internacional civil, cit.; Vol. I, pág. 175.

(71) El art. 41 del C.c. dispone que "cuando ni la ley que las haya creado o reconocido, ni los estatutos o las reglas de la fundación fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tiene en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto".

Frente al criterio anterior, señala GARCES (72) que la legislación posterior al C. de c. (que apunta en su art. 15 al criterio de la "constitución") y al C.c. -- (que, como vimos, se refería al "domicilio"), contemplan un más exacto enfoque del problema. Y escribe que "en el art. 1º del D.L. de 17 de julio de 1.947 se ordena que -- "las sociedades españolas, cualesquiera que sean sus componentes, la situación física y jurídica de los bienes -- que integran el activo social y el lugar donde desempeñan sus actividades, deberán tener siempre su domicilio en territorio sometido a la soberanía del Estado español" y la LSA y la LSRL, en sus artículos 5º y 4º, respectivamente, prescriben asimismo que "la sociedad de nacionalidad española tendrá necesariamente su domicilio en territorio español". El contenido de estas disposiciones legales, en las cuales se dá por resuelto el problema de la nacionalidad con anterioridad a que entre en juego el domicilio -- (73), indica claramente que el legislador --siguiendo la -- dirección señalada por el art. 15 del C. de c.-- atiende -- exclusivamente, como determinante de la nacionalidad de -- las sociedades mercantiles, al criterio de la constitución, y, al imponer a las Compañías españolas la obligación de tener su domicilio en España, ha dado satisfacción a la -- exigencia domiciliar formulada en el párrafo primero del art. 28 del C.c. Ha de estimarse, por tanto --concluye GARCES-- que tienen la condición de personas jurídicas extrangeras las que hayan sido constituidas en el extranjero, y ello aún cuando tengan su domicilio en España".

(72) Régimen jurídico, cit.; págs. 21-22. Acentúa la idea que expone GARRIGUES en su Tratado de Derecho mercantil, cit.; tomo I, Vol. I; pág. 481.

(73) El autor hace la reflexión siguiente: "Si el domicilio fuera criterio determinante de la nacionalidad, hubiera resultado innecesario imponer a las sociedades españolas la obligación de tener su domicilio en territorio sometido a la soberanía del Estado español, puesto que si no lo tuvieran ya no serían españolas" (pág. 21, nota 1).

A nuestro entender, la argumentación anterior adolece de varias imprecisiones que la invalidan.

En primer lugar, porque trata de generalizar a toda clase de personas jurídicas lo que, en realidad, sería una interpretación específica sobre las sociedades mercantiles. En segundo término, porque prácticamente, - lo que se está efectuando es una labor de interpretación "a sensu contrario" de los criterios que la normativa vigente establece para concretar en que condiciones una -- persona jurídica deberá ser tenida por española, pero no de las que la califican como extranjera. Este procedimiento, que podría ser válido cuando faltasen normas específicas, no puede admitirse cuando, como lo demuestra el - párrafo segundo del art. 28 del C.c., éstas existen y, - con arreglo a ellas es el criterio "domiciliario" el único adecuado para juzgar formalmente de la "extranjería" o - no de cualquier persona jurídica privada (74).

No obstante, el criterio del "control" como de finitorio de la nacionalidad fáctica de las personas morales privadas, no ha sido ignorado por nuestro Derecho positivo, aunque se haya utilizado con enormes restricciones.

El Reglamento de 8 de febrero de 1.927, dictado para el desarrollo de la LOB de 24 de enero del mismo año, establecía que serían Bancos extranjeros aquellos - que, aún estando domiciliados en España y creados con -- arreglo a las leyes españolas se hallaren en alguno de -

(74) Este criterio es admitido entre otros autores, por CASTRO, Temas de Derecho civil, Madrid, 1.951; pág. 90; - CASTAN, Derecho español común y foral, cit.; 11ª ed., I-2ª, pág. 405; MIAJA, Derecho internacional privado, cit.; Vol. II, pág. 79; GIRON TELNA, Derecho de sociedades, cit.; pág. 323; ALBALADEJO, Derecho civil; cit.; Tomo I, pág. 388. Con dudas y reticencias, también es negado por CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, Madrid, 1.977, Vol. I, págs. 697 y ss.

los supuestos que menciona su art. 3º, es decir, que todos o la mayoría de los puestos directivos estén desempeñados por ciudadanos extranjeros, o que celebren sus juntas fuera de España o que tengan una relación notoria de dependencia directa respecto a un Banco o empresa extranjera. Como apunta GOLDSCHMIDT (75), el Tratado franco-español de 6 de marzo de 1.934 acepta la teoría del control al equiparar en su art. 17 a las sociedades francesas -- las españolas "que comprendan elementos franceses" y a las españolas las francesas "con intereses españoles". -- Por otro lado el D.L. de 5 de mayo y la ley de 17 de julio, ambos de 1.945, aplican la Resolución 6ª de Bretton Woods para el bloqueo de bienes extranjeros súbditos del Eje, en la que la nacionalidad de las sociedades se fijaba siguiendo el criterio del "control".

Pero a nuestros efectos, es importante recalcar como en materia de IE, la LIE y el RIE recogen, -- por vez primera, la teoría del control como medio de evitar el fraude a la ley que podría producirse en esta importantísima faceta de nuestras relaciones económicas -- con el exterior. Esta cuestión será tratada en el apartado 1.2.2. de esta misma Sección I.

C) El estatuto personal en las normas jurídicas españolas.

La capacidad jurídica y de obrar de las -- personas jurídicas privadas extranjeras, debe ser concretada por la "lex fori", toda vez que los efectos de sus actividades se producen dentro del ordenamiento jurídico nacional en que estas se desarrollan. De aquí, que corresponda al Derecho interno de cada país establecer el criterio adecuado al estatuto personal de todas ellas.

(75) Sistema y filosofía del Derecho internacional privado, 2ª ed.; Buenos Aires, 1.952; Tomo 1; págs. 456 y ss.

Nuestro C.c., en la reforma introducida - a su título preliminar por la Ley de 31 de mayo de 1.974, establece como norma general que "la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción" (art. 9º, apdo. 11, párrafo primero).

El texto legal parece ser, a primera vista, lo suficientemente explícito como para eximirnos ahora de la carga de analizarlo minuciosamente. Aunque en -- otros apartados se irán poniendo en evidencia algunas dudas que, en casos concretos, plantea su redacción, no queremos dejar de subrayar como el precepto reseñado, al referirse a la nacionalidad como criterio de aplicación legal en lo relativo a la "constitución" de las personas jurídicas, está siendo congruente con las ideas que definen de la doctrina del domicilio como fundamento de aquella, aceptando implícitamente la tesis de la "adaptación" de - la sociedad (76), desde el mismo momento en que, por su - domiciliación en España, adquiere la nacionalidad españo-la. Este criterio estaba confirmado con anterioridad, además, por el art. 89 del Rgto. del Registro Mercantil.

D) Personas jurídicas privadas titulares de inversiones extranjeras.

Ni la LIE ni el RIE establecen, en principio, exclusión alguna respecto de las personas jurídi--

(76) Ante el cambio de nacionalidad que supone el traslado del domicilio social de un país a otro, la doctrina -principalmente la mercantilista- se pregunta si la - persona jurídica "desaparece" en el país de origen para tener que "reconstituirse" de acuerdo con las normas del país cuyo domicilio adquiere, o si, por el contrario, precisa tan solo de una mera "adaptación" estatutaria a éste Derecho interno.

cas extranjeras de naturaleza privada que pueden ostentar la titularidad de IE en nuestro país.

Así, pues, podrán efectuar éste tipo de - operaciones no solo las sociedades mercantiles, específicamente consideradas, que representan prácticamente la totalidad de ésta, categoría de inversionistas "morales", - sino también en general, las corporaciones, asociaciones y fundaciones, tanto de interés público como particular, persigan o no ánimo de lucro, que, domiciliadas fuera de nuestro territorio, ostenten la nacionalidad extranjera.

No obstante, este principio general, ha - de ser convenientemente matizado en cada caso concreto -- porque pueden demandar un tratamiento con ciertas singularidades. A ello nos referimos a continuación.

D.1.- Asociaciones extranjeras (77).

Como señala AGUILAR (78), las asociacio-- nes extranjeras quedan en lo esencial sujetas al régimen general de las personas jurídicas privadas tanto en lo -- que se refiere a la nacionalidad, reconocimiento y ley social. En su momento se señaló la existencia de una cierta desconfianza ante las asociaciones extranjeras, que se explicaba por la índole de sus fines, por el carácter no lucrativo (y posiblemente político, social, etc.) de sus actividades. Poco a poco se ha disipado ésta reserva, sin que con ello se quiera afirmar que el régimen jurídico material de estas asociaciones sea idéntico al que se aplica en materia de sociedades. La intervención de las normas de Derecho público (de naturaleza diversa, pero en gran -

(77) Sobre el concepto e identificación de las asociaciones, corporaciones, fundaciones, y figuras afines, a la luz de la doctrina y la normativa española, puede verse, - por todos, la obra de LOPEZ-NIETO F., La ordenación legal de las asociaciones, Barcelona, 1.974.

(78) Derecho civil internacional, cit.; Vol. I, pág. 182.

parte de carácter administrativo) es más intensa en las asociaciones que en las sociedades.

D.2.- Asociaciones internacionales no gubernativas.

El mismo autor citado anteriormente (79) subraya como éstas asociaciones internacionales pretenden representar una realidad internacional, y aspiran a existir jurídicamente apoyándose en el orden internacional y no exclusivamente en los ordenamientos estatales (80), - habiendo alcanzado en los últimos años una expansión espectacular; hasta un punto tal que su creciente participación en la vida internacional constituye uno de los rasgos más innovadores del actual Orden internacional.

La aplicación de un determinado "estatuto personal" a las mismas tropieza, como es lógico, con grandes dificultades. Bélgica elaboró en 1.919 una ley - (25 de octubre) aplicable a éste tipo de asociaciones, a las que debió acabar sometiendo a un estatuto nacional - determinado. El Instituto de Derecho Internacional (81) presentó, en 1.923 y 1.950, unas Resoluciones orientadas a acentuar la "internacionalización" de estas asociaciones, aunque sin proponer una normativa auténticamente internacional, como escribe AGUILAR.

El art. 6º, de la Res. de 1.950, establece

(79) AGUILAR, Derecho civil internacional, cit.; Vol. I, -- págs. 182-183.

(80) La Res. nº 228 (X) del ECOSOC, de fecha 27 de febrero de 1.950, fija la internacionalidad de éstas organizaciones apoyándose, entre otros criterios, en el de la internacionalidad de su estructura.

(81) El I.D.I. fué formulado en Gante, en 1.873, y tiene -- por misión "determinar las reglas generales que podrían ser sancionadas por los tratados internacionales, con el fin de asegurar la decisión uniforme de los conflictos entre las diversas legislaciones ...".

ce que "las asociaciones internacionales ... gozarán en el territorio de cada parte contratante el beneficio del tratamiento de derecho común más favorable acordado a las asociaciones nacionales de fin no lucrativo ...".

D.3.- Fundaciones extranjeras.

Internacionalmente reconocidas por la Convención de La Haya sobre el "reconocimiento" (82), distingue en ellas AGUILAR (83), dos categorías similares a las identificadas en las asociaciones (extranjeras e internacionales), señalando como, prácticamente, las cuestiones enumeradas en aquel lugar pueden darse por reproducidas en éste.

Sin embargo, subraya el mismo autor que hay una nota peculiar, y es la posible invocación de la noción de "institución desconocida" en aquellos sistemas que no reconocieran esta clase de personas jurídicas (84). En lo relativo a la ley personal parecen alcanzar preeminencia, por su mayor solidez, las tesis favorables a la autonomía de la voluntad: la aplicación del derecho elegido por los fundadores. En cuanto al régimen de sus relaciones jurídicas subraya AGUILAR que no difiere del admitido en otras personas jurídicas y, muy especialmente, en las asociaciones.

(82) "Convención concerniente al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras" concluída en La Haya, el día 1º de julio de 1.956. Firmada por España, el 12 de abril de 1.957. Su texto puede verse en TOMAS ORTIZ J.A., -- Las convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado (traducción y reseña histórica); Madrid, 1.974; págs. 81 y ss.

(83) Derecho civil internacional, cit.; Vol. I, pág. 185.

(84) Para estos supuestos, Vid. art. 6º, Convención de La Haya sobre "reconocimiento".

D.4.- Asociaciones religiosas extranjeras.

Admitida su personalidad por las leyes del país donde radique su domicilio, la posibilidad de su admisión como inversionistas extranjeros en nuestro país, parece que debe admitirse sin reticencias.

El Derecho interno del Estado a cuya estructura se encuentren "incorporadas", establecerá los términos en que puedan desenvolverse sus actividades en España; por aplicación de los criterios generales aplicables a las personas jurídicas en general.

D.5.- Sociedades extranjeras.

Para contemplar los diferentes supuestos que pueden imaginarse, optamos por exponer la cuestión par--tiendo de un esquema que nos permite establecer dos categorias de sociedades extranjeras, sin perjuicio de las --modalidades que identificaremos dentro de cada una de --ellas. Así, distinguimos entre las sociedades de carác--ter ordinario y las de naturaleza especial.

a) Sociedades de carácter ordinario.

Agrupamos bajo éste epígrafe todas las formas societarias de carácter privado -civiles o mercantiles, -personalistas o capitalistas- cuyo régimen jurídico o modalidad de estructura económica o financiera se considera como la habitualmente reconocida como "normal" en el género.

Al analizar la normativa española, se debe admitir la existencia de una distinción doctrinal clara entre las sociedades extranjeras que ejercen el comercio en España y las que no realizan tal actividad en el país, pero que de alguna forma se relacionan con el sistema econó

mico nacional. El art. 15 del C. de c. creemos que autoriza tal distingo.

a.1.- Sociedades extranjeras que ejercen el comercio en España.

En esta rúbrica habría que considerar incluídas solamente a las sociedades que, constituidas en un -- país extranjero, se estableciesen en España directamente con la finalidad de ejercer el comercio; es decir, ni -- creando sucursales, ni constituyendo sociedades filiales españolas. Se trata, en suma, del supuesto de sociedad -- constituida en el extranjero y domiciliada en nuestro -- país, posibilidad que algunos autores admiten (85), mientras otros rechazan (86).

A nuestro entender, en este caso concreto, el art. 15 del C. de c., en el que se funda la proporción afirmativa, ha de considerarse prácticamente derogado por el contenido del art. 28, párrafo segundo del C.c., no solo por ser este un texto legal posterior en el tiempo, si no por no afectar a esta materia el contenido del art. 2º del propio Código mercantil (87), por lo que debemos adhe

(85) Escribe GARRIGUES que "no existe ningún obstáculo para que una sociedad constituida en el extranjero pueda domiciliarse en España, si a ello no se opone la legislación especial ni los Tratados o Convenios concertados con el Estado en que la sociedad se haya constituido. Pero la sociedad seguirá siendo extranjera y gozará de la nacionalidad que le corresponda con arreglo a la legislación del país en que se haya constituido, si es que en dicha legislación está admitida la nacionalidad de las entidades mercantiles" (Tratado de Derecho mercantil, cit.; Tomo I, Vol. I; pág. 481).

(86) CAMARA N., Estudios de Derecho mercantil, cit.; pág. - 662.

(87) Aún intentando una interpretación favorable a la vigencia, en este supuesto, del art. 15, habría de estimarse que su contenido está limitado al caso concreto y - determinado de las Compañías que pretendan ejercer el comercio en nuestro país o crear sucursales o establecimientos en el mismo territorio; no cabe extender su sentido a todas las compañías extranjeras que, relacio

rirmos a la tesis que niega la posibilidad de que las sociedades constituídas en el extranjero cuyo domicilio social radica en España, puedan ser consideradas extranje-ras. Toda sociedad, cuya sede social o domicilio esté situado en territorio de soberanía española, es de naciona-lidad española y, por tanto, les son aplicables las nor-mas y disposiciones de carácter general o especial, dic-tadas para las sociedades españolas.

Por tanto, aplicando ésta conclusión a la -temática de las IE, se debe estimar que no existe la po-sibilidad de considerar a este tipo de sociedades como -sujetos de operaciones de IE; idea corroborada -como ve-remos posteriormente- por toda la problemática monetaria que las mismas encierran.

a.2.- Sociedades extranjeras que, sin ejer-cer el comercio en España, se relacionan con el sistema económico nacional a través de operaciones de IE.

El supuesto a que se refiere éste epígrafe es, en materia de IE, el que se produce en la práctica -más frecuentemente. Se trata del caso de las sociedades mercantiles extranjeras que adquieren valores mobiliarios, representativos de todo o parte del capital social de -- otras sociedades españolas.

En la interpretación de nuestro derecho -- sustantivo, la doctrina (88) se ha planteado la cuestión

nadas de alguna forma con nuestro sistema económico, - no pretendan ejercer el comercio (en su aspecto de "ac-tividad habitual") ni establecer sucursales u otros es-tablecimientos. No cabe olvidar que el legislador espa-ñol ha considerado, en ocasiones, como sociedades es-pañolas a las que, constituídas en el extranjero, se encuentran domiciliadas en España. Tal es el caso con-templado en la Ley de seguros de 14 de marzo de 1.908 (art. 1º, párrafo 2º) y de su Rgto. de 2 de febrero - de 1.912 (art. 2º).

(88) Nos remitimos a GESTOSO TUDELA (Derecho internacional

relativa al reconocimiento de la personalidad de estas so-
ciedades cuando se relacionan con el sistema económico na-
cional. La cuestión se plantea por MIAJA en los términos
siguientes: el art. 17 del C. de c. declara obligatoria -
la inscripción en el Registro mercantil para las socieda-
des que se constituyan con arreglo a dicho texto legal o
a leyes especiales, lo que parece excluir a las de nacio-
nalidad extranjera de la inscripción, a las que el art. -
21 condiciona unicamente cuando se establezcan o creen su
cursales en España. Ante estos datos legislativos cabe pre-
guntarse si el art. 21, al limitar, en las condiciones se-
ñaladas, la inscripción, supone que las sociedades extran-
jeras no incluidas en las mismas pueden gozar de persona-
lidad sin necesidad de inscripción alguna.

La doctrina fluctua entre la admisión de
la personalidad sujeta a previa inscripción (ORUE) hasta
la postura opuesta (GESTOSO, LASTRES), sin que falten cri-
terios mixtos que se decantan -aunque con vacilaciones- --
por propugnar la exigencia de la inscripción en algunos --
caos (S.A. o S.R.L.) y no hacerlo en otros (sociedades co-
lectivas y comanditarias) (MIAJA). A nuestro entender no
existen argumentos lo suficientemente sólidos como para --
propugnar, en general, la exigencia de inscripción para --
el reconocimiento de la personalidad, ni en el texto del
Código mercantil ni en otras normas diferentes (89).

Por aplicación de la norma general del art.

privado, Madrid, 1.936; pág. 167), ORUE (Derecho in--
ternacional privado; Madrid, 1.952; pág. 781), LASTRES
(Conditions juridiques des sociétés étrangères en Es-
pagne, en Journal de Droit International, 1.906; págs.
273-278), MIAJA (Derecho internacional privado, cit.;
págs. 340-342).

- (89) El vigente Rgto. de Bolsa de Comercio (D. 30 junio --
1.967) permite la admisión a cotización oficial de va-
lores de sociedades extranjeras (art. 36) sin que, en
tre los requisitos enumerados para declararlos como --
tales figure dicho requisito de inscripción, corrobo-
rando el criterio establecido en el art. 70 del propio
C. de Comercio.

9º, 11 del C.c., la capacidad jurídica y de obrar, y la representación de una sociedad extranjera, para realizar operaciones de IE en nuestro país, viene determinada por su ley personal que no es otra que la que le impone su nacionalidad.

b) Sociedades de carácter especial.

La tipología societaria que aglutinamos bajo ésta rúbrica, comprende una serie de figuras económico-jurídicas con perfiles claramente diferenciados de los que conforman a las de carácter "ordinario" y que han sido resaltadas ampliamente por la doctrina.

Se consideran como formas societarias -- "especiales", principalmente, las tres siguientes: las sociedades internacionales, las multinacionales y las supranacionales.

Las referencias a la primera categoría -- se efectuarán al tratar de las personas jurídicas públicas, porque en su estructura financiera la participación del "capital público" está siempre presente. En éste lugar haremos alusión a las otras dos modalidades.

b.1.- Sociedades multinacionales.

La problemática jurídica que presentan estas sociedades, amplia y repetidamente mencionadas en páginas anteriores, es verdaderamente apasionante y constituye, quizás, uno de los mayores retos con que se enfrenta la doctrina ius-internacionalista (90).

(90) Sobre las cuestiones jurídicas que plantea en el campo del Derecho internacional, nos remitimos al interesante planteamiento que realiza FERNANDEZ FLORES J.L., Las sociedades multinacionales, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1.971; págs. 319 y ss.

Las sociedades multinacionales, consideradas como las que, constituyendo una unidad económica, actúan jurídicamente en diferentes ámbitos nacionales por medio de filiales con nacionalidad distinta de la de la sociedad madre y con personalidad jurídica propia (91), no plantean en el campo de la IE problemas singulares.

Si prescindimos de su caracterización económico-financiera, la inversión efectuada por este tipo de sociedades se realiza siempre, o bien por la propia sociedad-matriz, o bien por cualquiera de sus filiales, a las cuales, nuestro ordenamiento legal dispensa en principio, un trato igualitario al del resto de las sociedades extranjeras de carácter "ordinario". Tan solo en casos específicos y concretos (vgr.: cuando se trate IE que requieran autorizaciones determinadas) pueden contemplarse y tomarse en consideración las ideas de la "multinacionalidad" - del inversionista.

b.2.- Sociedades supranacionales.

Nos vamos a referir ahora a un fenómeno jurídico que ha hecho su aparición legal en el seno de la CEE (92) y en cierta medida en el Pacto Andino (93) y que, a no dudarlo, pronto se concretará en realidades tangibles.

(91) FERNANDEZ FLORES J.L., Las sociedades multinacionales, cit.; pág. 331.

(92) GANSHOF W.J., Droit des Communautés Européennes; Bruselas, 1.969.

(93) Sobre el tema nos remitimos a WHITE, Empresas multinacionales latinoamericanas, cit.; págs. 95 y ss.; FERNANDEZ G., El régimen uniforme de la empresa multinacional en el Grupo Andino, en la Rev. Derecho de la Integración, Buenos Aires, 1.972, nº 11, págs. 11 y ss. Este tipo de empresas parece adaptarse más al modelo "comunitario" de la "S.A. de tipo europeo" -que identificamos en el texto- que a las "sociedades de Derecho europeo", aunque los autores no están unánimes en las conclusiones acerca de su exacta caracterización jurídica.

En el marco de la CEE, los estudios en materia de sociedades, en el camino hacia la búsqueda de nuevas soluciones comunitarias, han seguido una doble dirección, que pone de relieve FERNANDEZ FLORES J.L. (94). Por un lado, se trata de crear una sociedad de "tipo europeo", o más concretamente, una "S.A. de tipo europeo", a base de establecer una ley uniforme (95), y por otro -posterior en el tiempo (a partir del Memorandum de Bruselas, de 22 de abril de 1.966)-, analizando las posibilidades de establecer sociedades de "derecho europeo". Se trata de crear una sociedad con estatuto propio y carácter supranacional, puesto que nacería de un Derecho directo e inmediatamente aplicable por los individuos, que podrían, sin ninguna medida nacional, constituir una sociedad europea, que existiría fuera del orden jurídico de los Estatutos Miembros (96). Esta modalidad ha sido ya profusamente estudiada -- por la doctrina (97), sobre todo a partir de la publica--

(94) Sociedades supranacionales y Derecho internacional -- privado, en Rev. E.D.I., Madrid, Vol. XXV, nº 14; -- págs. 158 y ss.

(95) Como señala VASSEUR (Algunos argumentos en pro de una Sociedad de tipo europeo, en Rev. Derecho mercantil, 1.964, nº 92; pág. 249), el camino de la ley uniforme que crease tal tipo de sociedad, podría ser doble: o bien el de integrar las normas destinadas a regir la S.A. de tipo europeo en un texto único -llamado a constituir una convención internacional-, o bien a reducir al mínimo estricto el número de disposiciones que hubieran de figurar en tal convención internacional. En el primer caso, los fundadores europeos de sociedades de éste tipo, quedarían libres para redactar los estatutos como mejor les pareciera, respetando desde luego la ley uniforme; en el segundo, habría que completar la ley uniforme con la redacción de estatutos-tipo, -siendo obligatorio adoptar alguno de tales tipos propuestos.

(96) FERNANDEZ FLORES J.L., Sociedades supranacionales, cit.; pág. 160.

(97) Entre otros estudios, cabe citar, PEREZ ESCOLAR R., La sociedad anónima europea, Madrid, 1.972; CARUSO F., Le società nella Comunità Economica Europea, Nápoles, -- 1.969; LOUSSOUARN Y., en Revue du Marché Commun, 1.971, nº 140, págs. 59 y ss.; CEREXHE E., La sociedad Europea, en Rev. Derecho de la Integración, 1.971, nº 9, págs. 91 y ss.; VAN RYN J., Le projet de statut des sociétés européennes, en - Rev. Trimestriel de Droit Européen, Paris, 1.971, núms. 3-4, págs. 563 y ss.

Aunque en el terreno comunitario, éste tipo de sociedades, no plantean los clásicos problemas de nacionalidad y reconocimiento -porque carecen de la primera y no necesitan el segundo-, éstos se harán presentes en -- sus relaciones con terceros países, y en cada caso, serán resueltos con arreglo a las normas que, en cada uno de ellos, estén vigentes al efecto (*fex fori*); y, en principio, se puede pensar que, aquí, seguirán jugando las cuestiones tradicionales y las soluciones habituales del Derecho internacional privado (99).

D.6.- Sucursales y filiales en España de sociedades extranjeras.

Como señalan LOUSSOUARN y BREDIN (100), el Derecho mercantil interno suele distinguir claramente entre las nociones de sucursal y de filial. La sucursal no es otra cosa que un establecimiento secundario, que aún pudiendo estar dotado de una cierta autonomía de hecho, no es nunca jurídicamente independiente del establecimiento principal, y sobre todo, no posee personalidad moral

(98) Sobre sus vicisitudes históricas, vid. PEREZ ESCOLAR, La S.A. europea, cit.; págs. 101-102.

(99) FERNANDEZ FLORES J.L., Sociedades supranacionales, cit.; págs. 161-162. Por lo que se refiere, en concreto, al Derecho aplicable a este tipo de sociedades, el art. - 7º del Estatuto establece: "1. Salvo disposición en -- contrario, las materias que reglamenta el presente estatuto, incluso sobre aquellos puntos que no regule expresamente, quedan sustraídas a la aplicación del Derecho de los Estados miembros. Cuando un punto no esté -- expresamente reglamentado, deberá ser resuelto: a) según los principios generales en que se inspira este estatuto; b) según las reglas o principios generales comunes a los respectivos derechos de los Estados miembros, si los principios generales del estatuto no permiten resolver la cuestión. 2. Las materias que no quedan regidas por el presente estatuto quedan sometidas al Derecho nacional aplicable en la materia".

(100) Droit du commerce international, cit.; págs. 330 y ss.

(101). La filial , por el contrario, es jurídicamente autónoma; es una sociedad dotada de una personalidad moral distinta, aunque económicamente esté ligada a la sociedad madre (102).

En tema de filiales, la cuestión acerca de su posibilidad de constituirse en titulares de inversiones en nuestro país, sin necesidad de acomodarse a normativa específica alguna, en el aspecto que analizamos, no planteaba, hasta la publicación de las disposiciones de IE - en 1.974, cuestiones de carácter especial. La inversión efectuada por la filial de una sociedad extranjera, cuya sede está fijada en nuestro país, nunca podía recibir el trato específico otorgado a las inversiones de capital - extranjero, porque formalmente, son sociedades españolas cuyas actividades están íntegramente regidas por nuestro derecho interno. Y de ahí que ésta evidente ficción le--gal se utilizase en ocasiones para vulnerar el espíritu de la normativa entonces vigente en materia de IE (103).

-
- (101) GARRIGUES distingue, a su vez, entre la "sucursal" -ca-racterizada por una cierta independencia jurídica en - el sentido de que realizan los mismos actos jurídicos que el establecimiento principal- y el "local acceso--rio" -que carece de esa nota de sustantividad jurídica relativa, reduciéndose su actividad a ser simplemente preparatoria o de ejecución- (Tratado de Derecho mer--cantil; cit., tomo I, Vol. I.; pág. 267). Comparte esta distinción CAMARA, (Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 528) que sostiene, en base a la normativa del Registro mercantil, que la sucursal goza de auténtica personalidad jurídica y de capacidad para --contratar.
- (102) Comparten este criterio distintivo, en nuestro país, -URIA (Derecho mercantil, cit.; 8ª ed., pág. 136) e IZQUIERDO E., Temas de Derecho mercantil, Madrid, 1.971; pág. 331.
- (103) Así se podía obviar el inconveniente que suponía, a veces, la exigencia de autorización administrativa para sobrepasar el porcentaje del 50% de participación ex--tranjera. Autorizada la creación de una sociedad española con capital extranjero 100%, ésta podía, sin otro trámite, suscribir el 50% -en su concepto de nacional- en una sociedad, cuyo capital, en el otro 50%, se sus--cribía por extranjeros, con lo cual se obtenía el re--sultado de un capital al 100% extranjero, sin necesi--

En la actualidad, según exponemos en el epígrafe 1.2.2. de esta sección, la cuestión ha de considerarse remodelada en su tratamiento, al aplicarse parcialmente a las filiales la teoría del "control", en materia de atribución de nacionalidad, siempre a efectos de las operaciones específicas de IE.

Por lo que se refiere a las sucursales, el argumento se plantea en otros términos. El art. 21, final, del C. de c. señala que las sociedades extranjeras "que -quieran crear sucursales en España, presentarán y anotarán en el Registro (mercantil), además de sus estatutos y de los documentos que se fijan para las españolas, el certificado expedido por el Cónsul español, de estar constituidas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo". Este criterio liberal en lo que respecta a la creación de sucursales, ha de estimarse, en la actualidad, especialmente restringido a raíz de la publicación del --RIE, porque el hecho, en si, de constituir o crear una sucursal (104) en nuestro país, implica la existencia de --una operación de IE (arts. 3º, LIE y RIE) sujeta, en todo caso, a la correspondiente autorización administrativa --(arts. 13, LIE y RIE) (105), sin perjuicio de lo que dis-

dad de autorización alguna. Así se han logrado penetraciones del capital extranjero en ramas de la actividad económica en que, cabría pensar, que no se hubiera autorizado o lo hubiera sido bajo ciertas condiciones.

- (104) Creemos que la terminología empleada por el RIE ("establecimientos o sucursales"), es lo suficientemente omnicomprensiva, para que no exista duda de que el legislador pretende la exigencia de autorización administrativa para todo tipo de "asentamiento" en nuestro país, por parte de una sociedad extranjera.
- (105) La Res. de la D.G.T.E., de 20 de enero de 1.975, establece la normativa que, en materia de IE, deberá cumplirse para estos supuestos. Con relación al régimen legal anterior, como anota ALVAREZ PASTOR (Nueva normativa de IE, cit.; pág. 63), existía una doble interpretación. Para unos la creación de un establecimiento o sucursal en España por una persona física o jurídica residente en el extranjero suponía la creación de una "empresa española" y consiguientemente de

pone el Rgto. del Registro mercantil (art. 14,1, RIE).

Pero lo que aquí nos interesa, es dilucidar si - la sucursal, como tal, puede llegar a ser titular de IE en España, y con que carácter, si la respuesta es afirmativa.

La contestación a la primera cuestión debería de ducirse de la admisión o exclusión, para las sucursales, -

bía estar sometida a la regulación del Decreto-Ley - 16/1.957, de 27 de julio. Para otros cambios, y dado que el equívoco término "empresa" estaba empleado en el sentido de "empresario social", no cabía en tal - regulación. Consecuentemente, para este sector doctrinal no podía aplicársele otro precepto que el artículo 15 del Código de Comercio, que reconoce a los empresarios individuales y sociales extranjeros la - libertad de creación de establecimientos dentro del territorio español con sujeción a nuestras leyes. -- Sin embargo, esta última tesis que implicaba la exclusión del tratamiento legal del Decreto-ley 16/1.957, llevaba consigo dos consecuencias: la primera, la no transferibilidad de los rendimientos que estos establecimientos generaran en España, ya que el reconocimiento de ese derecho fundamental para cualquier - inversor extranjero estaba reconocido únicamente para las inversiones efectuadas al amparo de la legislación de inversiones extranjeras de 1.959. La segunda consecuencia era que, al carecer la sucursal de - personalidad jurídica y no ser otra cosa que una mera organización instrumental de una persona residente en el extranjero, estaba sometida a todas las limitaciones que nuestra legislación de control de cambios establece para las transacciones entre "residentes" y "no-residentes". Consecuentemente, si el establecimiento de sucursales no tenía limitaciones especiales, su funcionamiento era prácticamente inviable; así, por ejemplo, para cada operación comercial que implicara un crédito necesitaba, de acuerdo con el - artículo de la Ley de Delitos Monetarios, una autorización administrativa. No obstante esta clara y peligrosa legislación monetaria, la verdad es que trataba de ser olvidada o desconocida incluso por muchos especialistas en inversiones extranjeras; y en los - últimos tiempos las sucursales proliferaban de una - forma alarmante para realizar actividades que estaban claramente vedadas a sociedades españolas que superaran el porcentaje de libre inversión sin autorización administrativa. La regulación dada en la nueva legislación es acorde con lo que acabamos de exponer, ya que la autorización administrativa exigida debe darse de acuerdo con el número 2 del art. 35 del Reglamento de Inversiones de la Dirección General de Transacciones Exteriores, que es en la actualidad la que tiene encomendadas las funciones administrativas correspondientes a la regulación y control de cambios.

de una auténtica y propia personalidad jurídica. A nuestro entender, las normas sustantivas que regulan ésta materia en nuestro Derecho, no permiten sostener claramente la contestación afirmativa (106). Si el principio general de la LIE (art. 1º), radica en el reconocimiento de la "personalidad jurídica" de los inversionistas extranjeros, como legitimación de su titularidad, la respuesta debe ser tajantemente negativa.

Pero el legislador-refundidor de 1.974, olvidándose del planteamiento jurídico, introduce en el texto del RIE (art. 14, 2º) un precepto que empaña, al menos aparentemente, la claridad del principio cardinal ya expuesto. En efecto, textualmente señala tal apartado que "las sucursales (prescinde, como se observa, de otros "establecimientos") en ningún caso podrán emplear sus fondos para efectuar inversiones en sociedades españolas, salvo que se trate de inversiones de cartera, mediante la adquisición de valores admitidos a cotización oficial en Bolsa". La redacción de este precepto se presta a la interpretación en virtud de la cual las sucursales podrían ser titulares de IE efectuadas con fondos propios en los casos siguientes: a) que se trate de inversiones que no concedan participación en sociedades españolas (vgr.: inmobiliarias, crediticias, valores de renta fija, etc.); b) que se plasmen en inversiones participantes, bajo la modalidad de adquisición de acciones de las sociedades españolas cotizadas en Bolsa; en cuyos supuestos se deberá admitir la existencia de una modalidad "atípica" de inversionista extranjero. Este anómalo criterio legal se encuentra reforzado por la Res. de

(106) El art. 15 del C. de c. se refiere a "sus" establecimientos dentro de territorio español, lo que parece implicar claramente la idea de dependencia; en su art. 21, el Código mercantil establece la obligatoriedad del registro para las sociedades que quieran crear sucursales en España; el Rgto. del Registro mercantil (D. 14 de marzo de 1.956) señala en su art. 88 esta misma necesidad de inscripción para la sociedad-matriz, aún cuando la imponga igualmente para la sucursal.

la DGTE, de 20 de enero de 1.975, en la cual se establece que "las sucursales de sociedades extranjeras autorizadas a contratar seguros en España podrán adquirir inmuebles con pesetas ordinarias (fondos propios) y acciones - en Bolsa admitidas a cotización oficial para constituir - las reservas técnicas, exigidas por su específica regulación" (Norma III, 3). Por otra parte, la doctrina no ha - dejado de expresar su extrañeza ante el hecho de que ésta misma Res. establezca expresamente la autorización, en -- los supuestos que menciona, en abierta oposición al conte-- nido del texto reglamentario (107).

Pero de admitirse una interpretación del -- art. 14,2, del RIE como la que se ha efectuado anterior-- mente, ello entrañaría la quiebra de una concepción legal armónica y coherente que, acerca de las condiciones esenciales que recaba la titularidad de las IE, se contiene - en los textos positivos.

Por ello, tal vez sea más preciso señalar, con CAMARA (108), que tal conclusión debe reputarse errónea y achacable al tecnicismo incorrecto del RIE. A tenor del apdo. 2 del art. 14, parece que el texto reglamentario "contempla a la sucursal como un posible inversionista (autónomo) y -escribe éste autor- obviamente no es así, - pues la sucursal no tiene personalidad propia. En cual--- quier caso, quien invierte es la sociedad extranjera y, - por tanto, la que adquiere los bienes objeto de la inversión, aunque para ello utilice los fondos de la sucursal. Debe entenderse, por consiguiente, que le alcanzan todas las limitaciones o prohibiciones que afectan al inversor extranjero-persona jurídica, sin que le exonere de ellas el hecho de que invierta los fondos adscritos a su sucursal.

(107) CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 665, nota 72; GARCÉS, Régimen jurídico, cit.; - pág. 61.

(108) Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I; págs. - 664-665.

sal. El problema es, pues, otro: supuesto que la inversión sea viable, atendida la condición de inversor extranjero - de la sociedad ¿cabe que el contravalor de lo adquirido se satisfaga con los fondos de la propia sucursal, en particular con pesetas ordinarias?

La respuesta es más sencilla de lo que parece, porque cualquier inversión que pretenda realizar la sociedad extranjera está sujeta a autorización administrativa, a no ser que se trate de adquirir participaciones en sociedades españolas. Como quiera que este último supuesto de inversión está prohibido por el art. 14-2 la preceptiva autorización decidirá, en definitiva, si la sociedad extranjera puede o no realizar la inversión, aplicando a tal fin los recursos dinerarios de la sucursal. Unicamente parecen liberalizadas las llamadas inversiones de cartera, es decir, la compra de valores admitidos a cotización en bolsa".

Se debe admitir la argumentación de CAMARA, para concluir que, en ningún caso, las sucursales de sociedades extranjeras podrán ser consideradas como inversionistas extranjeros ni, por tanto, susceptibles de atribuirseles semejante carácter (109).

-
- (109) La Circular nº 248 del IEME, establece que tendrán - la consideración de residentes, a los efectos del control de cambios, los establecimientos o sucursales - en España de personas jurídicas extranjeras (norma I, 1, b), criterio éste que no deja de suscitar cierta perplejidad si tenemos en cuenta el carácter jurídico que se atribuye a las sucursales. Pero esta atribución de residencia, atribuyendo a la sucursal una -- personalidad jurídica que no posee, está fundamentada --según ALVAREZ y EGUIDAZU (Control de cambios, -- cit.; Tomo I; pág. 35)- en que constituye el único - expediente acertado para resolver los problemas derivados de las transacciones con el exterior. En definitiva, lo que viene a hacer la circular es distinguir un doble patrimonio de la sociedad extranjera, por una parte, el que ésta tiene en el extranjero, y por otra, el que tiene situado en España y adscrito a la actividad propia de la sucursal, dando a éste - último una autonomía formal para, de esta manera, facilitar su actividad evitando por otra parte la concurrencia en una misma persona de los conceptos anti

D.7.- Sucursales y filiales en el extranjero de sociedades españolas.

"Mutatis mutandi" podrían darse aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas en el apartado anterior, y establecer conclusiones semejantes a las allí alcanzadas (110): las sucursales no pueden ser nunca inversionistas extranjeros; las filiales, en todo caso, pueden tener tal consideración.

D.8.- "Unidades económicas" extranjeras.

Se suele reunir y examinar bajo ésta rúbrica ge

téticos de residente y no residente. Por otra parte, hay que señalar que en nuestra legislación mercantil existe una base para este tratamiento, puesto que el artículo 84 del Rgto. del Registro Mercantil, de 14 de diciembre de 1.956, establece la inscripción en los libros de sociedades de aquéllas extranjeras que quieran establecer o crear sucursales en España. El art. 88 del texto legal precitado exige para la inscripción de sucursales de sociedades extranjeras, sus Estatutos, Escrituras o actos de constitución social y el certificado expedido por el Cónsul español correspondiente de estar constituidas y autorizadas -- con arreglo a las leyes del país respectivo. Deben, además, hacerse constar el nombre y apellidos de las personas que ejerzan la administración en España, -- las facultades que se les haya conferido, y el capital que destinen a las operaciones que realicen en nuestro territorio en la moneda nacional de su país respectivo y su equivalencia en pesetas al tipo de cotización nacional. Las operaciones, pues, que realice la sucursal en España como tal sucursal, tendrán el mismo tratamiento, a efectos de control de cambio, que el de las sociedades españolas; sin necesidad de autorización alguna para las operaciones que realicen con personas residentes en España, y sometidas a todas las limitaciones administrativas en sus relaciones jurídicas con personas "no residentes". Consecuentemente, dichas sucursales no podrán ser titulares de cuentas extranjeras en pesetas, y cualquier transacción con un "no residente", estará sometida a la normativa del control de cambio.

- (110) La Circular nº 248 del IEME, las considera como "no residentes" (Norma 11, 1., b), conceptualización que pugna con el contenido de las Circulares núms. 242 y -- 283 relativas a las diferentes clases de cuentas de las que pueden ser titulares los residentes y no-residentes.

nérica, cualquier fenómeno asociativo -de personas o de bienes- carente de personalidad jurídica. Se incluirían como tales, tanto las formas societarias en las que no se reconoce aquella cualidad (como es el caso de las "partnership" -anglosajonas (111), o la "società semplice" del derecho italiano), como aquellas otras situaciones de hecho -generalmente basadas en la existencia de un cierto sustrato patrimonial (universalidades de hecho o derecho)- en las que, reconociéndoles el sistema jurídico la producción de ciertos efectos en casos concretos, no se les atribuye formalmente una personalidad específica, no constituyen un auténtico sujeto de derecho, en el mismo sentido en que se les aplica el término a las personas morales o jurídicas.

Se integrarían en este grupo, por ejemplo, los acuerdos similares a los que, en nuestro Derecho, se conocen con la denominación de "agrupaciones temporales de empresas" (Ley de 28 de diciembre de 1.963; arts. 7 y ss.) - (112), porque la mayoría de la doctrina concuerda en la idea de que no gozan de personalidad jurídica independiente (113). No cabe encuadrar, por el contrario, a los llamados, en Francia, "groupement d'intêret économique" (Ordenanza núm. 67-821, de 23 de septiembre de 1.967; D. de 2 de febrero de 1.968) (114), porque se les reconoce plena -

-
- (111) Nos remitimos a: SOLA CAÑIZARES F., La "partnership" y la "Limited partnership" en Inglaterra y los Estados Unidos, Barcelona, 1.955; y MESKETH G., Principles of the Law of partnership, Londres, 1.971.
- (112) Vid. VICENT CHULIA, Concentración y unión de empresas en el Derecho español, Madrid, 1.971, y GIRON TENA, Las grandes empresas; México-Valladolid, s/f. (hacia 1.964).
- (113) Además de VICENT CHULIA (Concentración y unión, cit.), PRAGUAS MASSIP, El Plan de Desarrollo, la concentración de empresas y la ley de 28 de diciembre de 1.963, en Rev. Derecho mercantil, 1.964; nº 93, pág. 117.
- (114) Se trata de una modalidad específica de unión de empresas, con la finalidad de facilitar, mejorar o desarrollar la actividad económica de los miembros que la componen.

personalidad jurídica, ni a las homónimas extranjeras de las conocidas, en España, como "sociedades de empresas" (Ley de 28 de diciembre de 1.963) porque debiendo revestir la forma de S.A. (art. 2º), gozan, por tanto de personalidad jurídica.

A la vista de las palabras del texto contenido en el art. 1º de la LIE y el RIE, no cabe admitir que en general, las llamadas "unidades económicas" puedan -- constituirse como sujetos activos de operaciones de IE, porque la carencia de personalidad jurídica les veta -- abiertamente tal posibilidad (115).

E) El cambio de nacionalidad en las personas jurídicas y su incidencia en materia de IE.

Nos planteamos, en éste epígrafe, un tema -- prácticamente no analizado ni por la doctrina ius internacionalista ni, por supuesto, en las obras que específicamente hacen referencia a la IE. Para su más clara exposición, conviene distinguir dos supuestos:

a) Conversión de una persona jurídica extranjera, titular de IE en nuestro país, en persona jurídica española.

Esta hipótesis se plantearía, según se ha indicado anteriormente, en el caso del cambio de su domicilio desde el extranjero a nuestro país, posibilidad que no cabe desconocer y que, aunque referida al específico

(115) La ley mejicana, por el contrario, y con objeto de evitar cualquier subterfugio legal que pueda conducir a burlar la LIE, establece -en su art. 2º, III- que para los efectos de esta ley se considera IE la que se realice por "unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica". Este precepto ha sido -- profusamente analizado por BARRERA, Inversiones extranjeras, cit.; págs. 26 y ss. y por GOMEZ-PALACIO, Análisis de la LIE, cit.; págs. 25 y ss.

supuesto de las sociedades mercantiles, ha sido admitida expresamente por el prof. MIAJA (116), y se haya regulada, desde el punto de vista registral, por el art. 89 --

- (116) Derecho internacional privado, II: Parte especial, - cit.; pág. 343. Señala MIAJA que "se refiere a éste supuesto el art. 141 del antiguo Reglamento del Registro mercantil, que ordena hacer constar en la correspondiente inscripción el domicilio de la sociedad en España, el balance del día anterior al acuerdo de cambio de nacionalidad y las demás circunstancias necesarias para la inscripción primera de la sociedad si no contaren con las inscripciones anteriores. Se deduce de este precepto que el criterio del lugar de constitución pierde su relevancia para determinar la nacionalidad de la sociedad, y que el cambio de ésta aparece condicionado al acuerdo social - en este sentido, a la fijación del domicilio en España y a la inscripción en el Registro, de la que cabe pensar que tenga carácter constitutivo para el cambio de nacionalidad. El nuevo Reglamento del Registro mercantil de 14 de diciembre de 1.956, dispone también la inscripción de las Sociedades extranjeras -- que se quieran establecer o crear sucursales en España (art. 84, 2º), condicionando a su previa inscripción en el Registro mercantil la posibilidad de que las Compañías de seguros y de capitalización, españolas o extranjeras, sean inscritas en los Registros del Ministerio de Hacienda (art. 85). El art. 88 dispone que las Compañías extranjeras que establezcan sucursales en territorio español se inscribirán en el Registro mercantil correspondiente, presentando a tales efectos, debidamente legalizados, además de -- sus Estatutos, las escrituras o actas de constitución social y el certificado expedido por el cónsul español de estar constituidas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo. En la inscripción primera de estas sociedades se harán constar las circunstancias exigidas para las españolas, según su clase. que resulten de los documentos presentados, así como el nombre y apellidos de las personas que ejerzan la administración en España, las facultades que se les haya conferido y el capital que destinen a las operaciones que realicen en esta nación, en la moneda nacional del país respectivo y su equivalencia en pesetas al tipo de cotización oficial. Como se comprueba con un cotejo con las disposiciones pertinentes del Reglamento del Registro de 1.919, ninguna innovación esencial se ha operado en el régimen jurídico de las sociedades extranjeras que actúen en España. Respecto a la adquisición de nacionalidad española por una sociedad mercantil extranjera, el art. 89 del nuevo Reglamento reproduce lo que disponía el 141 del anterior, exigiendo, además, que en la inscripción se haga constar el valor del patrimonio líquido -- que resulte del balance expresado en pesetas al tipo de cotización oficial."

del Rgto. del Registro mercantil. Analógicamente, estima mos que éste principio puede predicarse en casi todos -- los diferentes casos específicos que se han examinado -- con anterioridad (excepto, naturalmente, para las asocia internacionales no gubernativas o las sociedades suprana cionales, por su propia esencia).

En su conexión con el tema de las IE, el su puesto que comentamos ha de examinarse en una doble ver-
tiente, referida, por un lado, a la composición personal o del capital social, en su caso, de las personas jurídi cas y, por otro, a la titularidad de las IE efectuadas -- en España, mientras aquellas fueron extranjeras.

Por lo que se refiere a la primera conside-
ración, la sociedad "nacionalizada española", deberá te-
ner presentes las limitaciones específicas que se impo--
nen en lo relativo al porcentaje del capital social que
puede ser de titularidad extranjera. De aquí que se haya
llegado a mantener la pertinencia de contar con la auto-
rización administrativa previa, como paso obligado para
su domiciliación en España (117). Aunque ni la LIE ni el
RIE se ocupan del tema, parece lógico admitir que así de
ba ser, pero solo en los casos en que no se admita, con
carácter general, que la totalidad del capital social --
pueda estar detentada por extranjeros. En cuanto a las --
demás personas jurídicas, las normas que puedan afectar
específicamente a cada categoría, establecerán las espe-
ciales condiciones que han de concurrir en su "composi--
ción personal" y que deberán ser observadas escrupulosa-
mente.

Con relación a la titularidad de las inver-
siones, realizadas previamente a su domiciliación en Es-
paña, entendemos que, se produce una "conversión" automá

(117) CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol.
I • 368. 709

tica de tales IE en inversiones de carácter ordinario sometidas a la normativa general interna, sin privilegios de ninguna clase respecto de las operaciones similares - efectuadas por personas jurídicas originariamente españolas (118), salvando las disposiciones especiales relativas, por ejemplo, a IE realizadas por sociedades españolas a su vez participadas por extranjeros (arts. 1º, 3, y 7º del RIE).

b) Conversión de una persona jurídica española, titular de inversiones en España, en persona jurídica extranjera.

Si la LSA y LSRL mantienen (arts. 5 y 4, -- respectivamente) que las sociedades de nacionalidad española tendrán su domicilio dentro del territorio nacional, parece obvio pensar que el traslado de dicho domicilio - social al extranjero (119), debe acarrear la pérdida de ésta originaria nacionalidad (120). Y estimamos, siguiendo éste mismo criterio, que igual sucedería para el resto de las personas jurídicas españolas (121).

(118) Por analogía, creemos que avala esta conclusión, - desde un ángulo esencialmente monetario, la Circ. nº 248 del IEME, que en la norma VI, señala que -- cuando un "no-residente", titular de una cuenta extranjera de pesetas convertibles, adquiera la condición de residente, la Banca cancelará de oficio dicha cuenta (nº 1), y siendo de nacionalidad española, el saldo será traspasado a una cuenta ordinaria de pesetas (nº 2).

(119) Nos remitimos a GARRIGUES y URÍA, Comentario a la LSA, cit.; principalmente a las observaciones efectuadas a los arts. 11, 84, 85 y 86 de la Ley.

(120) URÍA mantiene que, hasta el D.L. de 17 de julio de 1.947, no existía obstáculo legal alguno para que las sociedades constituidas en España y que, por - tanto, eran españolas, designasen un domicilio en el extranjero (Comentarios a la LSA; Madrid, 1.976; Vol. I, pág. 140).

(121) Criterio corroborado tanto por normas de carácter - general (el art. 28, 1º del C.c.), como de tipo especial, por ejemplo, la Ley de Asociaciones (24 de diciembre de 1.964), la O.M. de 10 de julio de 1.965 (Registro de Asociaciones), la Ley de Cooperación - de 2 de enero de 1.952, etc.

También en éste supuesto se plantean las mismas dos cuestiones que en el apartado anterior.

En estos casos de personas jurídicas "desnacionalizadas" que continúan perteneciendo a súbditos españoles, deben tenerse presentes las normas especiales contenidas en el R.D. de 14 de abril de 1.978, que regulan las inversiones de capital español en el extranjero, porque se produce indirectamente una operación de tal naturaleza (art. 3º, 3) y, como tal, será precisa la pertinente autorización administrativa para que aquellas continúen detentando la titularidad (art. 4º). Al comentar este tema, CAMARA (122) viene a mantener una tesis justificadora de tal conclusión que a nuestro entender, cuando menos, no puede dejar de discutirse. Para este autor el cambio de nacionalidad solo podrá llevarse a cabo con autorización administrativa, porque aunque el supuesto no está --previsto en la legislación sobre IE, hay razones poderosas para exigir aquella autorización. En tanto el cambio de nacionalidad comporta lógicamente la inaplicación (posterior) de aquella legislación, los accionistas españoles, mediante el expediente de cambiar la nacionalidad de la sociedad, podrían indirectamente infringir, con la mayor impunidad, las limitaciones impuestas a la participación de capital extranjero en sociedades españolas. Como esta posibilidad es, evidentemente, contraria al espíritu de nuestras leyes sobre la materia, solamente la previa autorización administrativa puede permitir tal cambio de nacionalidad. Estimamos, por nuestra parte, que una maniobra fraudulenta como la dibujada no podría darse en ningún caso, por aplicación del texto del art. 13 del mencionado RD de 14 de abril de 1.978, en el cual se establece que las operaciones de liquidación total o parcial de las inversiones españolas en el exterior, cuando el titular sea

(122) Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I.; pág. 707.

"residente" en nuestro país, requerirán en todo caso la -
previa autorización de la DGTE (nº 2). Si los inversionis-
tas españoles fueren "no-residentes", el tema se resuelve
por si solo pensando que -en todo caso- debieron atempe--
rarse en su momento, a la normativa especial sobre IE en
nuestro país.

De aquí se deduce igualmente que, cuando el
cambio de nacionalidad afecte a sociedades españolas cuyo
capital estuviese integramente en poder de extranjeros, no
será preciso cumplir con el requisito de la autorización -
administrativa previa. Ni tampoco lo será para el caso de
transmisión de las acciones, en el extranjero y entre ex-
tranjeros o españoles "no-residentes", criterio éste sus-
tentado por la interpretación del art. 29, 2º del RIE, la
Instrucción nº 14 de la Circ. 4/74 de la DGTE y el art. 1º
del R.D. de 14 de abril de 1.978.

Con relación al trato que deban recibir, en
adelante, las inversiones efectuadas, en su día, por per-
sonas jurídicas españolas "desnacionalizadas" (realizadas,
por tanto, con pesetas ordinarias), la conversión que se
producirá será la siguiente: a tenor de las prescripcio--
nes contenidas en la Res. de 19 de julio de 1.961 (IEME),
apdo. II y de la Circ. nº 283 (IEME) de 8 de marzo de --
1.972 (tit. I), las inversiones ordinarias se transforma-
rán en IE en pesetas interiores, sujetas, por tanto, a to-
da la problemática legal que ello representa en orden a -
su movilización, disfrute, etc.

1.1.2.2. PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PUBLICO.

En el capítulo anterior, definíamos las IE -
de carácter público, como aquellas que tienen su origen -
en el sector público del país exportador del capital (Go-
bierno o entidades públicas), o en organismos o institu--
ciones de naturaleza internacional.

Precisamente, en éste epígrafe, nos vamos a ocupar de examinar los diferentes supuestos de titularidad que éste tipo de IE plantea.

Algunas de las Disposiciones adicionales -- del RIE, reproducción de las de la LIE, se refieren a -- los inversionistas extranjeros de carácter pública (concretamente las 1ª, 2ª y 3ª), regulando sus operaciones -- de una forma un tanto marginal, sin duda ante el hecho -- de su escasa transcendencia práctica. Pero la apertura -- de nuestro sistema económico hacia países cuya economía está fundamentalmente representada por un omnipotente -- sector público, y la inevitable conexión que se produce en el campo de la inversión internacional, ha llevado a nuestro legislador, a finales de 1.978, a encarar con -- otra óptica la cuestión, subrayando la importancia que -- en la actualidad y previsiblemente en el futuro, va ad--quiriendo este tipo de IE de carácter público. Por ello, se ha publicado el RD nº 2619/1.978, de 29 de septiembre (B.O.E., 8 de noviembre de 1.978, nº 267), en virtud del cual, recogiendo las consideraciones apuntadas se sustituyen, completándolas, las citadas Disposiciones adicionales del RIE dictadas en octubre de 1.974.

A los efectos puramente sistemáticos, dividimos a las personas jurídicas de Derecho público, en -- dos grandes apartados, según que las consideramos conectadas o no con la idea de una comunidad nacional determinada; aunque hayamos de reconocer que la adscripción pueda ser un tanto forzada en algún supuesto concreto.

A) Personas jurídicas, de carácter público conectadas a la idea de una comunidad nacional determinada.

En éste apartado, de acuerdo con el contenido de la Disp. adicional segunda del RIE, debemos incluir

nia extranjera y las empresas públicas extranjeras.

El régimen legal de aplicación a las IE que efectuen los sujetos activos incluidos en éste apartado, está desarrollado en las Disp. adicionales segunda, tercera y cuarta del RIE (en la redacción otorgada por el RD. nº 2019/1.978) en los términos siguientes:

1º) En todo caso, la "realización" de la inversión está condicionada a la obtención de una "autorización especial" concedida por el Gobierno español (Disp. -- adicional 3ª, 1) (123), que se podrá obtener dándose alguna de las condiciones que se expresan a continuación:

a) Cuando exista régimen de reciprocidad diplomática, (Disp. adicional 2ª, 2, párrafo primero); y -- (124)

b) cuando, sin existir o concurriendo tal régimen de reciprocidad, la participación extranjera no suponga un control efectivo de la empresa o sociedad española (Disp. adicional 2ª, 2, párrafo primero). Para éste supuesto -interpretando a "sensu contrario" el contenido -- del párrafo segundo del nº 2 de la Disp. adicional segunda del RIE-, se entiende que no se produce tal situación cuando por parte de los Gobiernos y Entidades oficiales --

(123) Este sistema, como comenta WEISS-ZEBALLOS (Manual - de Derecho internacional privado, Paris, 1.911; Tomo I, pág. 393), no deja de tener inconvenientes, -- sobre todo en el caso de denegarla, pues ello "sería demostrar desconfianza y mala voluntad; sería las -- más de las veces, promover un incidente diplomático".

(124) Esta alternativa ha sido criticada, a nuestro modo de ver, sin fundamento alguno por AZNAR, Las inversiones extranjeras en España; Madrid, 1.976; pág. -- 89.

incluidas en éste apartado A), individualmente o sumadas sus participaciones, no exceda del 50% del capital de la sociedad española, salvo que el Gobierno español estime, con independencia de éste porcentaje, que tales sujetos tienen una situación de dominio o prevalencia en la empresa.

2º) El régimen legal aplicable a la inversión así efectuada, será el determinado en la propia autorización especial, aplicándose la LIE y el RIE en caso de remisión expresa a sus normas (Disp. adicional 3ª, 2) y, aunque, no se diga expresamente, creemos que serán, igualmente, de aplicación como derecho supletorio en todo lo no previsto en la misma autorización especial.

A.1.- El Estado extranjero como titular de inversiones en España.

El Estado, sujeto por excelencia del Derecho internacional, presenta como persona jurídica -escribe AGUILAR (125)- pocas dificultades en lo que hace referencia al reconocimiento y la nacionalidad (126). Intimamente ligadas se dan en el Estado su condición de sujeto internacional y su plena personalidad jurídica.

Si prescindimos de algunas cuestiones pecu-
liares suscitadas en torno a la capacidad del Estado para ser parte en relaciones jurídico-privadas, se debe admitir que su personalidad internacional en el campo del Derecho privado interno no ha sido puesta, salvo contadísimas excepciones, en tela de juicio; y de ahí que los Esta-

(125) Derecho civil internacional, cit.; págs. 180-181.

(126) Para NOBOYET (Principios de Derecho internacional - privado, cit.; pág. 170) no puede hablarse de nacionalidad de un Estado; el Estado concede nacionalidad, pero no la posee.

dos extranjeros puedan alcanzar, sin violencia alguna, la categoría de inversionistas extranjeros (127), aunque no se deban olvidar los riesgos que, a veces, conlleva tal - permisión (128).

La nueva Disp. adicional 2ª del RIE establece que podrán realizar IE en España "los Gobiernos", entendiendo por tales a "los Estados extranjeros" (apdo. 1, párrafo uno). Esta confusa utilización de conceptos no -- asimilables, creemos que se debe, principalmente, a la necesidad de corregir, de desdibujar, el criterio adoptado por la LIE y el RIE en la primitiva redacción de su Disp. adicional 3ª, en la cual se aludía únicamente a "los Go--biernos" como posibles sujetos de la IE. Pero como puede darse el caso de Gobiernos a los que no quepa atribuirles personalidad jurídica, principalmente como consecuencia - de su no reconocimiento (vgr.: Gobiernos "de facto") (129), se ha optado por efectuar una traducción legal del término inicialmente utilizado en un sentido que, creemos, no autoriza el Derecho internacional público, pero que, a -- los efectos puramente interpretativos de la LIE y el RIE, despeja la duda razonable que surgía con la redacción anterior.

Dentro de éste apartado cabría aludir a --- ciertas situaciones que no dejan de plantear cuestiones -

(127) Se sobreentiende que si un Estado adquiere bienes si tuados en el territorio de otro, solo adquirirá la propiedad o dominio privado de ellos; nunca adquirirá la soberanía o dominio público, pues éstos no le pertenecerán al adquirente en cuanto Estado, sino en cuanto a persona de derecho privado (ALFONSIN, Sistema de Derecho civil internacional, cit.; Vol. I, pág. 438).

(128) Nos remitimos a lo expresado en el Cap. II, pág. 27.

(129) Nos remitimos a DIEZ DE VELASCO, Curso de Derecho internacional público, cit.; págs. 221 y ss., y también en Instituciones de Derecho internacional público, - Madrid, 4ª ed., tomo I, págs. 190 y ss.

A.2.- Entidades oficiales de soberanía ex
tranjera.

La nueva Disp. adicional 2ª del RIE inclu
ye, bajo la rúbrica de "entidades oficiales de soberanía
extranjera", con una evidente falta de rigor jurídico: 1º)
"las Entidades de soberanía extranjera"; 2º) "Entidades -
oficiales y públicas extranjeras"; 3º) las "empresas pú--
blicas extranjeras"; 4º) las "sociedades y entidades ex--
tranjeras de cualquier clase cuyas decisiones estén some--
tidas en cualquier forma al control" de los Estados extran
jeros, de las Entidades de soberanía extranjera, de las -
Entidades oficiales y públicas extranjeras y de las empre
sas públicas extranjeras (apdo. 1º, párrafos 1 y 2).

Si prescindimos por su importancia de las
"empresas públicas", objeto de análisis pormenorizado en
el apartado siguiente (A.3), haremos aquí algunas breves
consideraciones sobre los restantes conceptos relaciona--
dos anteriormente.

1º) Entidades de soberanía extranjera.

Creemos entender que, con esta locución,
el legislador ha querido referirse a los denominados "en--
tes territoriales" a los que, dentro del concepto unita--

se le reconoce plena personalidad jurídica internacio
nal, independiente de su posición en el Estado de la
Ciudad del Vaticano, tema éste, por otra parte, tam--
bien analizado por la doctrina sin alcanzar resulta--
dos satisfactorios.

(136) Aún cuando algún autor (BALLADORE-PALLIERI, Diritto
internazionali pubblico, Milán, 1.962; pág. 122, ci
tado por DIEZ DE VELASCO, Instituciones, cit.; pág.
232) sostiene la personalidad internacional de la -
Orden, la generalidad de la doctrina mantiene una te
sis contraria, que parece estar más acorde con la -
"realidad" de la situación en que se desenvuelve és
te pretendido sujeto internacional.

rio del Estado soberano, se otorga personalidad jurídica. La idea de "soberanía" parece abonar ésta conclusión.

En tal sentido, podrían incluirse en este -- apartado, los Estados federados, las regiones, los departamentos, las provincias, municipios, comarcas, etc. a los cuales, el ordenamiento jurídico de cada país les confiere, dentro de su específica esfera de actuación, una personalidad jurídica concreta y determinada para la realización de sus fines.

2º) Entidades oficiales y públicas extranjeras.

Bajo esta denominación cabría incluir, por oposición a la categoría anterior, los llamados "entes públicos no territoriales" cuyas modalidades y formas de actuación pueden ser variadísimas (137): establecimientos públicos personificados, entes funcionalmente descentralizados, etc.

3º) Entidades extranjeras de cualquier clase, cuyas decisiones están sometidas al control de Estados extranjeros, Entidades de soberanía extranjera, Entidades oficiales y públicas extranjeras y de las empresas públicas extranjeras.

El legislador ha querido incluir, en éste -- apartado de la nueva Disp. adicional segunda del RIE, -- cualquier otra posibilidad que pueda imaginarse, de IE públicas, tratando seguramente de evitar que, de alguna manera puedan estas escaparse al régimen de "autorización especial" para realizar la inversión.

(137) Vid. GARCIA ENTERRIA, Curso de Derecho administrativo, cit.; Tomo I, págs. 205 y ss.

La teoría de la "empresa pública" ha hecho correr ríos de tinta (138) porque, en la actualidad, la importancia que el Sector público asume en el sistema económico de los países de economía libre se acentúa en cada momento, y en los de economía centralizada absorbe casi por completo todos los mecanismos de aquel. No es -- nuestra intención incidir sobre los aspectos profusamente examinados por la doctrina administrativista, ni esto sería el lugar adecuado para ello. No obstante, la doctrina y el Derecho comparado admite diversos grados de participación del Estado y sus organismos en la empresa pública, distinguiendo, como norma general, entre la participación plena o directa (cuando el Estado posee la totalidad del capital social de la sociedad) o parcial e indirecta (cuando solo es propietaria de una parte de -- aquel: es el caso de las llamadas "empresas mixtas"), -- prescindiendo, en parte, de que pueden funcionar en régimen de Derecho público o de Derecho privado (139). A nuestro entender, las disposiciones del RIE se refieren únicamente a las personas jurídicas extranjeras cuya propiedad pertenezcan en su totalidad al Estado o a sus organismos e instituciones y estén conceptuadas expresamente como empresas públicas o nacionalizadas, porque la terminología legal utilizada, en éste punto, es tajante: personas jurídicas "nacionalizadas" (Disp. adicional 2ª, 4, 1) (140).

(138) Para una teoría legal de las empresas públicas, aplicable a España, nos remitimos a MANZANEDO, HERNANDO y GOMEZ-REINO, Curso de Derecho administrativo económico, cit.; págs. 891 y ss.; también BALNA DEL ALCAZAR, Régimen jurídico de la intervención, cit.; -- págs. 116 y ss.

(139) ROBLLOT (Les sociétés commerciales; Paris, 1.968; -- págs. 826 y ss.), al tratar de las sociedades de carácter público distingue tres categorías: 1) sociedades controladas por el Estado; 2) sociedades de economía mixta, y 3) sociedades nacionalizadas.

(140) Parece mantener una idea contraria a la expuesta en

Si examinamos las "nuevas" Disp. adicionales - del RIE, se pueden deslindar dos supuestos, en éste apartado de la exposición. Se contempla:

1º) El caso normal: una empresa pública extranjera que desea realizar una inversión de capital en nuestro país. Es de aplicación el régimen de autorización especial en los términos que ya hemos reseñado.

2º) El caso excepcional (141): una persona jurídica privada que, acogiendo a las normas generales o especiales de IE, realiza una inversión en España libremente o precediendo autorización administrativa -especial o genérica- y, con posterioridad a éste hecho, es objeto de nacionalización en su país (142). La Disp. adicional

el texto, SEBASTIAN DE ERICE (Comentarios en torno a la nueva legislación sobre IE, cit.; pág. 371). No obstante, si aplicamos las ideas de ALFONSIN (Sistemas de Derecho civil internacional, cit.; Vol. I, -pág. 452) hemos de a que si la totalidad - del capital de una sociedad pertenece al Estado, pero ésta continua actuando como empresa privada, el Estado receptor de la IE no puede, por lo pronto, - calificar a su modo la persona jurídica y decidir - que es pública (atendiendo a la realidad que yace - debajo de ella) si el Estado donde se constituyó la reputa privada. Si la admite dentro de sus fronteras debe admitirla, pues, como privada. Pero en este caso, sometida a la ley territorial, por lo cual, el Estado extranjero nunca podrá invocar privilegios - ni inmunidades respecto a aquella, ni podrá protestar o reclamar por las lesiones que padezca, por la cancelación de la admisión, o por otra circunstancia similar.

(141) En este punto concreto, la nueva Disp. adicional 2ª desarrolla el criterio que parece ser que había mantenido hasta entonces la DGTI, en virtud del cual - la Disp. adicional 2ª -en su anterior redacción- se refería a todas las formas de IE, hubiesen sido realizadas o no mediante autorización especial. Esta - interpretación fué criticada por la doctrina (LUCAS, Contratación en España, cit.; tomo I, pág. 189; CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 684) y, en la nueva redacción, ha sido acogida.

(142) Se entiende que existe nacionalización, a estos efectos, cuando resulten titulares de las IE originariamente privadas cualesquiera de las sociedades o entidades a que se refiere el nº 1 de la Disp. adicional 2ª de este Reglamento (Disp. adicional 4ª, l., párrafo segundo, RIE).

cuarta se ocupa de regular éste supuesto (143) y lo hace estableciendo las dos posibilidades siguientes:

- primera posibilidad: que se obtenga la correspondiente "autorización especial" del Gobierno español (Disp. adicional 4ª, 1), previa "declaración de inclusión" de la IE como sometida al régimen de autorización especial.

- Segunda posibilidad: señalar la "caducidad" de la IE, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Comercio y Turismo, y previa audiencia tanto de la sociedad española afectada como de los inversionistas extranjeros (a tenor del párrafo tercero, nº 1) (144). En este caso, de no otorgarse autorización especial, los titulares extranjeros de la inversión procederán a su liquidación, enajenando sus acciones y participaciones en el plazo fijado en la correspondiente declaración de "caducidad" o de "inclusión", y de acuerdo siempre con el régimen jurídico aplicable a la sociedad. Transcurrido el término establecido para la enajenación sin que ésta se hubiere efectuado, la Sociedad española en el plazo de seis meses, podrá adquirir los títulos o participaciones sociales o para proceder, en su caso, a su inmediata venta conforme al art. 39 de la

(143) Y lo hace de acuerdo con un criterio mantenido por la doctrina, ya que no debe perderse de vista que, con la nacionalización, la persona jurídica ha mudado su objeto o su fin por tal causa, pues aún cuando los estatutos no hayan sufrido alteración alguna, indudablemente se ha alterado el objeto o el fin de la institución, que no puede ser el mismo cuando pertenece a particulares que cuando pertenece a un Estado (ALFON-SIN, Sistema de Derecho civil internacional, cit.; Vol. I, pág. 452).

(144) Al referirse literalmente a la previa audiencia de los "interesados", podría interpretarse que se refiere, no solo a los inversionistas extranjeros, sino a terceros nacionales interesados en la IE concreta de que se trate, por razón del sector económico, las actividades a realizar, etc.

El incumplimiento de cuanto se ha señalado ac
rrea, de conformidad con la Disp. final 2ª del RIE (146) -
la nulidad de la IE desde la fecha que en su caso señale -
el Decreto de caducidad o inclusión; sin que la nulidad ex
presada perjudique los derechos adquiridos de buena fé por
terceros (Disp. adicional 2ª, 4, párrafos tercero y cuarto).

B) Personas jurídicas, de carácter público, no
conectadas a la idea de una comunidad nacional determinada.

Se incluyen en éste epígrafe dos grupos de per
sonas jurídicas perfectamente diferenciadas: las organiza
ciones internacionales y las sociedades mercantiles de --
igual carácter.

B.1.- Organizaciones internacionales. La Corpo
ración Financiera Internacional.

Aunque la doctrina ius internacionalista públi
ca distingue en base a múltiples criterios, diferentes ti-

(145) CAMARA (Estudio de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, -
pág. 684) había interpretado la Disp. adicional 2ª en
su anterior redacción, precisando un criterio que no
parece adecuado a la idea que persigue el legislador.
Para éste autor la nacionalización debía tener lugar
después de que se concediese la autorización adminis
trativa para realizar la IE, pero antes de que esta -
se consume; porque no parece posible entender que la
autorización administrativa, agotada al cumplirse la
inversión autorizada, caduque después, porque ello --
equivaldría a anular retroactivamente la autorización
concedida. La nueva redacción desmiente la idea expues
ta, y certeramente otorga a la norma su sentido lógi
co: la caducidad se produce en cualquier momento de -
la "vida" de la IE en la sociedad española, y no es -
sino un reflejo de la nacionalización sufrida por el
inversionista extranjero en su país.

(146) La Disp. final 2ª del RIE establece que "de conformi
dad con lo establecido en los párrafos 3 y 4 del art.
6º del título preliminar del C.c., serán nulos de --
pleno derecho los actos contrarios a este Reglamento
y los realizados en fraude al mismo".

pos de organizaciones internacionales (intergubernamentales, supranacionales, regionales, especializadas, etc.) - (147) en todos los supuestos se reconoce la existencia en aquellas de una auténtica personalidad jurídica, lo que presupone que se les permita ser titulares de derechos y obligaciones en la esfera privada y, por tanto, la aptitud para efectuar -dentro de los límites y condiciones -- que le imponen las convenciones básicas que los regulan, - en razón a su objeto, función o servicio- todo tipo de actividades que, en el terreno de lo económico, podrían consistir en la realización de operaciones de IE.

Estas organizaciones, por su propio carácter - internacional, carecen de una nacionalidad concreta y determinada.

El RIE permite que se puedan realizar IE en -- nuestro país, por parte de estas organizaciones internacionales, si bien tan solo hasta el momento se contrae la normativa vigente al caso específico de la Corporación Financiera Internacional (CFI) (148) cuyas actividades, en

(147) Esquemáticamente, vid. FERNANDEZ FLORES J.L., Esquemas de Derecho internacional público, Organizaciones internacionales; Barcelona, 1.975.

(148) La CFI se constituyó por el Convenio de 11 de abril - de 1.955, accediendo a ello nuestro país según adhesión promulgada por el DL. de 10 de marzo de 1.960 -- (B.O.E. de 11 de marzo de 1.960). A tenor del art. 1º del Convenio Constitutivo "el objeto de la CFI será - la promoción del desarrollo económico mediante el estímulo de empresas privadas productivas en los países miembros, particularmente en las áreas menos desarrolladas, de tal manera que se complementen las actividades del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (de aquí en adelante llamado el Banco). En prosecución de este objeto de Corporación: 1) ayudará, - asociada a inversionistas privados, al financiamiento de la organización, mejoramiento y expansión de empresas privadas productivas que contribuyan al desarrollo de los países miembros mediante inversiones, sin la garantía de cumplimiento del gobierno miembro en - cuestión, en los casos en que capital privado suficiente no se encuentre disponible en condiciones razonables; 2) tratará de relacionar las oportunidades de - inversión, el capital privado local y extranjero, y -

este sentido, están reguladas por el D.L. de 25 de enero de 1.962, nº 2. (Disp. adicional 1ª RIE). Esta específica disposición se limita a equiparar las actividades de la CFI a las de las personas jurídicas extranjeras de naturalaleza privada, de donde se deduce que el régimen general a éstas aplicable será también el que haya de observarse para el caso de las IE realizadas por la indicada organizacion internacional.

Fuera de la CFI no cabe admitir la posibilidad de efectuar IE en nuestro país a otros organismos internacionales.

B.2.- Sociedades mercantiles internacionales.

Incluimos en este lugar las sociedades mercantiles internacionales, porque los numerosos ejemplos que pueden citarse (149), reconocen como titulares de sus --

la experiencia administrativa; y 3) tratará de estimular y de ayudar a la creación de condiciones que favorezcan el flujo de capital privado, local y extranjero, hacia una inversión productiva en los países miembros. Las disposiciones de este Artículo servirán de guía a la Corporación en todas sus decisiones." Y por lo que se refiere a sus operaciones, la Sección 1ª de su art. 3º señala que "la CFI podrá invertir -- sus fondos en empresas privadas productivas situadas en los territorios de sus miembros. La existencia de un interés gubernamental o de cualquier otro interés público en una empresa de tal clase no constituirá necesariamente impedimento para que la Corporación invierta en la empresa."

- (149) La doctrina suele citar como ejemplos clásicos de este tipo de sociedades: Compañía Universal del Canal Marítimo de Suez (aunque no con unanimidad); - la Banca Internacional de Pagos (20 enero 1.930); Eurofima (Société Européenne pour le financement - du materiel ferroviaire; Berna, 20 octubre 1.955); Eurochemie (Société Européenne pour le Traitement Chimique des Combustibles Irradiés; Paris, 20 diciembre 1.957); Saalor (Unión Carboniere Sarro-Loraine; Tratado franco-alemán, 27 octubre 1.956); Société Internationale de la Moselle (Tratado franco-germano-luxemburgués, 27 octubre 1.956); S.A.S. (Scan dinavian Airlines System; Suecia, Dinamarca y No--ruega, 8 febrero 1.951); SENA (Société d'Energie - Nucleaire des Ardennes; 28 diciembre 1.958); Air-

Estas sociedades, creadas en virtud de acuerdos o Tratados internacionales (151), plantean problemas respecto de su régimen jurídico, sobre todo si se parte del hecho cierto de que carecen de una nacionalidad concreta y determinada (152).

Si admitimos las ideas de FERNANDEZ FLORES (153), hemos de señalar que su régimen jurídico será el consignado en el propio Acuerdo que crea éstas sociedades, aplicándose como régimen subsidiario -de conformidad con los mismos Tratados-, o bien, el nacional que corresponda al país donde radique la sede, o el que, en su caso, se haya establecido como tal en cada Derecho en concreto (154). -

Afrique (Tratado de Yaoundé, 28 marzo 1.961); Compagnie du Chemin de fer de Djibouti à Addis-Abeba (Tratado franco-etíope, 12 noviembre 1.959); etc.

- (150) Debido a esta circunstancia, se han denominado, también, "empresas públicas multinacionales" (WHITE, Empresas multinacionales latinoamericanas, cit.; pág. 52).
- (151) FERNANDEZ FLORES J.L. (Las sociedades internacionales, en Anuario del I.H.L.A.D.I., nº 4, 1.973; págs. 467 y ss.) alude a la existencia de un "Tratado-contrato" que, en cada caso concreto, se agota con la creación de la propia sociedad internacional.
- (152) MIAJA, Derecho internacional privado, cit.; tomo II; pág. 344.
- (153) Las sociedades internacionales, cit.; págs. 478-480.
- (154) Cita el autor, como casos excepcionales, los de SAA LOR y AIR-AFRIQUE, en los cuales se considera como régimen subsidiario el de unos "principios comunes", en el primer caso "principios comunes del Derecho -francés y del Derecho alemán" y en el segundo "principios comunes a la legislación de los Estados signatarios del Tratado". La dificultad de encontrar -estos principios comunes -abraya FERNANDEZ FLORES- no suele ser la menor, tanto más cuanto que el procedimiento de interpretación judicial de los textos no está definido (Las sociedades internacionales, cit.; pág. 479).

Por otra parte, esta ausencia de nacionalidad también presenta problemas doctrinales en cuanto al reconocimiento - de su personalidad para terceros Estados, para quienes el Tratado creador es "res inter alios acta"; aunque, en la práctica, su reconocimiento se admite sin dificultad alguna (155).

Resulta curioso observar como el legislador español que reformó el título preliminar del C.c. en 1.974, no tuvo presente la existencia del fenómeno jurídico que representan estas modalidades del contrato de sociedad, y señala, sin más, que el estatuto personal de las personas jurídicas sea el determinado por su nacionalidad (art. 9º, apdo. 11), lo que no deja de acarrear consecuencias en la interpretación del precepto y en su aplicación a estos casos concretos. Se produce, a nuestro entender, una evidente laguna legal que creemos deberá colmarse aplicando lo dispuesto en el apdo. 1 del art. 4º del mismo texto legal, es decir, utilizando la técnica de la analogía. En este - supuesto se estima que cabrían dos posibles soluciones: - la primera, fundada en la ficción legal de la asimilación jurídica entre las personas físicas y las morales, nos permitiría aplicar el apdo. 10, del art. 9º del C.c. (se reconocería como ley personal la del "lugar de la residen--cia habitual", es decir, la sede social o el centro de explotación); la segunda, considerando el contenido del --apdo. 5º, del art. 10 del C.c. relativo a las "obligaciones contractuales", a las que se aplica, en primer lugar, la "ley a las que las partes se hayan sometido expresamente", y que, traducido a nuestro caso concreto, no sería - otra que el Tratado o Acuerdo que crea cada sociedad in--ternacional.

Las consecuencias que, con relación a la IE, -

(155) Vid. FERNANDEZ FLORES, Las sociedades internacionales, cit.; pág. 479.

pueden deducirse de la existencia de ésta modalidad societaria, se plantean, más que en la posibilidad o no de ser sujetos activos de las operaciones de inversión -condición que no parece deba negarse, a tenor de la Disp. adicional 2ª del RIE- en la aplicación de beneficios particulares - que puedan derivarse de la existencia de Tratados o convenciones específicas, lo que, inicialmente, puede considerarse problemático.

Dentro de éste apartado, y como una especiali-
dad, cabría citar las llamadas "empresas comunes de la Co-
munidad Europea de Energia Atómica (EURATOM)", creadas al
amparo de los arts. 45/51 de su Tratado constitutivo (156),
las cuales surgen apoyadas en el art. 45 de dicho Tratado,
no como consecuencia de un acuerdo internacional, de una
ley o de la inscripción en un Registro de comercio, sino
-como apunta SERENI (157)- de la "decisión" de un organi-
smo internacional (la aprobación por la Autoridad comunita-
ria), de la cual, surgen, además, los derechos y obliga-
ciones específicos que gozarán en el ámbito de los Esta-
dos miembros (158).

(156) Se han creado, bajo éste régimen, las empresas S.E.
N.A. (S.A. de derecho francés, creada por Electrici-
dad de Francia y un grupo belga - año 1.960) y la -
K.R.B. (1.963), K.W.L. (1.964) y K.W.O. (1.965), --
tres firmas de capital y régimen jurídico alemán.

(157) Le imprese comuni dell'EURATOM, en Rev. Diritto In-
ternazionale, 1.960, Vol. XLIII, págs. 213 y ss.

(158) Estas empresas tienen libertad para elegir la estruc-
tura jurídica que consideren más conveniente, societ-
aria o no; su estatuto es aprobado por la Autoridad
comunitaria; se las reconoce en todos los Estados -
miembros de la Comunidad; su nacionalidad es comuni-
taria; como derecho supletorio se aplican las nor-
mas nacionales establecidas en el acuerdo de crea-
ción; la competencia judicial pertenece a las juri-
dicciones nacionales, salvo para la interpretación
de los estatutos societarios, materia en la que in-
terviene la Corte de Justicia de las Comunidades.

1.2. INVERSIONISTAS EXTRANJEROS IMPROPIAMENTE CARACTERIZADOS: TITULARES ESPAÑOLES A LOS QUE SE APLICA EL ESTATUTO DE INVERSIONISTA EXTRANJERO.

Al examinar las diferentes categorías de extranjeros de acuerdo con el criterio de su vinculación al territorio español, pusimos de relieve la gran importancia que, en materia de IE, adquiere la idea de la "residencia" como concepto delimitador del régimen aplicable a la inversión y, por tanto, de sus posibilidades, límites y condicionamientos.

Este criterio adquiere su mayor relieve, anulando al de la nacionalidad, en el supuesto de las operaciones de inversión efectuadas por españoles cuya residencia radica fuera de nuestras fronteras.

También en otras ocasiones, hemos efectuado referencias al tema del "control" de las personas jurídicas como posible condición modificadora de su carácter -- "nacional" y, en consecuencia, del régimen legal aplicable a sus actividades y desenvolvimiento.

Ambos conceptos --la "residencia" y el "control"-- son suficientes para que el legislador de 1.974 dibuje -- dos categorías de inversionistas extranjeros que, nosotros, calificamos de "impropias" porque, en la realidad, se refiere a dos sujetos --persona física y persona jurídica-- cuya nacionalidad española no puede ser legalmente controvertida.

De nuevo nos movemos en un terreno en el que los aspectos legales están intensamente impregnados por -- consideraciones metajurídicas que, en cierto modo, distorsionan los esquemas generales preestablecidos. Consideraciones esencialmente económicas, y aún políticas, imponen y fundamentan estas necesarias y convenientes "desviacio-

nes legales".

1.2.1. INVERSIONISTAS EXTRANJEROS POR "RESIDENCIA".

El art. 1º de la LIE conceptua como IE las realizadas por los "españoles residentes en el extranjero" -- (apdo. 1), siguiendo en esto el precedente que habia establecido el art. 1º del D.L. de 27 de julio de 1.959 (159), y que, en su momento, no fué unánimemente aceptado (160).

En éste tema se plantean dos tipos de cuestiones: la primera relacionada con el mismo concepto de la no residencia; la segunda, con el alcance que deba concederse a la asimilación entre "extranjero" y "español no-residente" a efectos de la normativa de IE.

A) El concepto de la "no-residencia".

Si recordamos algunas nociones expuestas con anterioridad, y las aplicamos al caso presente, debemos entender que la noción de "no-residencia" implica, en general, la falta de un domicilio dentro del territorio espa--

(159) El art. 5º de la ley de 24 de noviembre de 1.939 exigía que el capital de las industrias fuera propiedad de españoles en sus tres cuartas partes, como mínimo, pero no señalaba que estos hubieran de residir en territorio nacional o extranjero. Fué el D.L. de 17 de julio de 1.947 el que dibuja la distinción entre residentes y no-residentes al exigir a las sociedades españolas la previa autorización discrecional del Ministerio de Hacienda para transferir sus acciones a personas "residentes fuera del territorio nacional"; distinción que recogió el D.L. de 27 de julio de 1.959.

(160) Mientras en la Rev. Información Comercial Española - (julio, 1.960; págs. 79 y ss.) se consideró como un acierto técnico, GARCÉS (Régimen jurídico de las IE en España, cit.; págs. 62-63) lo critica acremente, al estimar que se trata de un concepto importado de la legislación monetaria, carácter que no poseen las normas específicas sobre IE, sin que sea lógico que en razón a la residencia jueguen frente a los españoles restricciones impuestas solamente a los inversionistas extranjeros.

Pero la caracterización del no-residente requiere, además, de la existencia de otras formalidades -- que prueben tal situación. Veamos como la normativa vigente regula tal cuestión.

El D. de 14 de enero de 1.955 establece que, cuando la estancia de un español en un país extranjero se prolongue por más de un año, y acredite, además, por certificación de la autoridad local, que tiene su residencia en aquel país, será dado de alta como residente en el registro que se lleve en los Consulados de carrera (art. 4º).

El apdo. 1.1. del art. 1º del RIE determina que la condición de no-residente en España, deberá probarse mediante certificación de la autoridad consular española que acredite su inscripción en el Registro de Residentes del Consulado correspondiente (162).

Aún cuando en la Sección III de éste capítulo trataremos con mayor amplitud la "prueba" de la no-residencia, entendemos que es lógico concluir, en éste lugar, estableciendo que la situación citada parece requerir la conjunción de tres diferentes requisitos: a) la residencia en un país extranjero durante más de un año (por lo que no cabe admitir simplemente la declaración de es--

(161) Algunas normas extranjeras, para evitar dudas en la interpretación de la no-residencia, contienen normas específicas muy amplias como sucede con el Estatuto chileno que señala la consideración de inversionistas extranjeros para las personas "chilenas con residencia y domicilio en el exterior" (art. 1º).

(162) Recoge el criterio sustentado por el apdo. 2.a) de la Circ. nº 242 del IEME (22 de febrero de 1.968). - Esta Circ. fué derogada, a su vez, por la Circ. 3 DE, del Banco de España, de 12 de julio de 1.974 (sobre cuentas en divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español).

tar ausente sin concretar en país donde se encuentre); b) que las autoridades competentes del país de residencia le consideren -con arreglo a su normativa interna- como residente en el mismo, y c) que la situación deba constar inscrita en el Registro consular español correspondiente.

Acerca del carácter que ostenta dicha inscripción, CAMARA (163) mantiene la idea de que la misma "no -tiene carácter constitutivo, pues ningún precepto legal -atribuye ese carácter a los asientos que se practican en aquel Registro". Y de ahí que sostenga que no hace falta la inscripción (164).

A nuestro entender, mantener una tesis semejante es, cuando menos, arriesgado (165). El art. 21 del Re-

(163) Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I., pág. - 658.

(164) De aquí, que obtenga como conclusión, el que no pueda ser castigado como reo de delito monetario el español que se halle en posesión de moneda extranjera (salvo que se demuestre que la ha recibido indebidamente de un residente), siempre que pruebe que concurren en su persona los dos elementos fácticos que -- configuran el concepto de no-residente (1-residencia durante más de un año en otro país, y 2-que la autoridad local lo considere residente). Viceversa, si -oculta su verdadera condición, y se hace pasar por -residente en España, para infringir las limitaciones o prohibiciones impuestas a los residentes en el extranjero, incurrirá en las sanciones pertinentes, y los actos que realice serán nulos o ineficaces (en la medida en que así resulte de las normas aplicables al caso) sin que pueda aducir que conserva la residencia porque no se ha inscrito en el Registro consular. Por eso -concluye- otorgar a la inscripción efectos constitutivos sería facilitar el fraude a -la ley, y permitir eventualmente a los españoles, -que en verdad han perdido la residencia, jugar con dos barajas (Estudios, cit.; pág. 658, nota nº 46).

(165) Que el mismo autor tiene en consideración ésta circunstancia, lo demuestra el hecho de escribir que -"claro está que los Notarios, por ejemplo, no tienen por qué saber, "a priori", si un español ha perdido o no la residencia en España, sobre todo si el compareciente se presenta provisto de su Documento Nacional de Identidad en vigor. De hecho, al menos, -existe la presunción de que los españoles residen -en España. No obstante, cuando de los antecedentes

glamento de la Carrera consular, del 27 de abril de 1.900, califica a los cónsules como agentes "encargados del Registro civil", a los que corresponde "llevar el padrón de los españoles residentes" (art. 24) y, con el carácter de jueces municipales, "los registros en los que se inscribirán o anotarán los actos concernientes al estado civil de los súbditos españoles que se hallen en su distrito" (art. 29, 2º). Es decir que el Registro consular posee el mismo carácter que el Registro del estado civil ordinario, del que forma parte (art. 4º Ley del Registro civil de 17 de junio de 1.870) y, por tanto, pueden predicarse de aquel todas las notas que se reconocen en éste (166). En todo caso la inscripción debe reputarse, a los efectos de las operaciones de IE, como título de "legitimación" en virtud del cual, el interesado podrá llevarla a efecto en los términos establecidos por la ley. Es, a nuestro entender, ineludible como prueba de la no-residencia en nuestro país - (167).

del supuesto se desprenda que el otorgante español perdió su residencia, el Notario ha de hacer lo posible por conocer la verdad y si adquiere la convicción de que se trata de un no residente, debe denegar su intervención si no se cumplen los requisitos que condicionan la actuación lícita de los residentes en el extranjero. Imaginemos que el interesado pretende otorgar una compraventa valiéndose de un apoderado y que en el poder se dice que el poderdante tiene su domicilio en un lugar situado fuera de España. La prudencia aconseja que el Notario, en ese evento, trate de averiguar cuál es la verdadera situación del poderdante. Sería muy conveniente que los Cónsules españoles eliminaran las posibles dudas, haciendo constar si los españoles que comparecen ante ellos son residentes en el extranjero, en particular si este último dato resulta de su propio Registro". (Estudios de Derecho mercantil, cit.; -- Vol. I, pág. 658, nota 46).

(166) Vid. CASTRO, Derecho civil de España; Madrid, 1.952; Vol. II, Parte general; págs. 570 y ss.

(167) Los comentarios acerca del contenido del párrafo segundo de la Norma III de la Res. DGTE de 25 de enero de 1.975, que contradice -en algún supuesto concreto- ésta conclusión, se efectúa en la Sección II del presente Capítulo.

pañoles no-residentes", a efectos de la normativa de IE.

Esta cuestión que, como apuntamos, ya se -
suscitó al publicarse el D.L. de 27 de julio de 1.959, -
continúa siendo objeto de controversia después de la apa-
rición de los textos refundidos en 1.974, y alcanza toda
su expresión en la temática relativa al cómputo de porcen-
taj_{es} admisibles de capital extranjero en las sociedades
españolas. Los criterios sustentados en la interpretación
de las normas jurídicas, pueden reconducirse a los dos si-
guientes:

a) Negación de la equiparación.

Pese a la contundencia de la declaración ---
contenida en el apartado 1 de la LIE, algunos autores (168)
entienden que, por el diferente significado de las normas
que concluyen en toda operación de IE, no cabe aceptar --
tal asimilación. Y para fundamentar su postura, parten --
del distinto sentido que tienen las disposiciones moneta-
rias y las sustantivas referidas a la posibilidad de rea-
lizar IE en nuestro país. En las primeras predominan con-
sideraciones estrictamente económicas o relacionadas con
la balanza de pagos; en las segundas razones no estricta-
mente económicas "en las que está siempre latente una preo-
cupación de soberanía" (169). Bajo éste prisma, "es lógi-
co que las normas de protección monetaria afecten y deban
ser cumplidas por todos los españoles (170), lo que no ca-
be reconocer cuando se trata de restringir las posibilida-

(168) GARCES, Régimen jurídico, cit.; págs. 17 y ss.; LU-
CAS, Contratación en España, cit.; Vol. I.; págs. -
194 y ss. e IE en España, cit.; págs. 17 y ss. y 81
y ss.

(169) GARCES, Régimen jurídico, cit.; pág. 19.

(170) LUCAS, Contratación en España, cit.; pág. 194.

residir en España. Salvando el aspecto monetario, los españoles no-residentes no deben tener inconvenientes en la -- constitución de sociedades o en la adquisición de acciones sin sujeción a límite alguno (171).

Se han pretendido encontrar en las propias -- normas sustantivas sobre IE, los argumentos capaces de sustentar éste criterio y, para ello, se ha hecho referencia: 1º) a que, en materia de IE en inmuebles, la LIE distingue entre el aspecto monetario (art. 16 se refiere a los españoles no-residentes y a los extranjeros, equiparándolos) y el aspecto sustantivo (arts. 17 y ss. donde se borra tal -- asimilación, imponiéndose limitaciones tan solo a los extranjeros); 2º) en el art. 2º de la LIE, en el cual, aunque se alude genéricamente a la IE, se contrapone la "aportación dineraria exterior" (párrafo 1,a) a la "utilización o aportación de capitales interiores (párrafo 2), y el art. 9º que habla de "capital exterior", lo que implica que los españoles o extranjeros, según los casos podrán aportar -- "capitales exteriores" o "interiores", pero no parece lógico calificar de extranjera la participación social de un -- residente en el extranjero; 3º) el art. 5º de la LIE en el que se contiene el término "participación extranjera" al -- referirse a porcentajes (párrafo 1). De ahí, concluye LUCAS (172), que la calificación de IE dada en los arts. 1º, 2º y otros, de la LIE a la realizada por español residente en el extranjero no debe tener más valor que el de permitir englobar bajo una amplia expresión genérica ambas clases de inversiones, la de los extranjeros y la de los españoles residentes en el extranjero. Pero solo la inversión del extranjero dará lugar a una "participación extranjera".

(171) Nos remitimos a lo expuesto en esta misma Sección, al tratar del sujeto pasivo o receptor de la IE.

(172) Contratación en España, cit.; págs. 193-194.

b) Aceptación de la equiparación.

A nuestro entender el legislador, desde el D.L. de 27 de julio de 1.959, y no entramos a considerar si acertada o equivocadamente, ha equiparado toda clase de inversiones efectuadas por personas -españolas o no- cuya residencia se sitúe allende nuestros territorios de soberanía. Y en éste sentido, consideramos que, salvo en los supues--tos donde la ley lo especifique claramente, la asimilación entre extranjeros y españoles no-residentes ha de entenderse absoluta.

Si desde el punto de vista de las normas estrictamente monetarias, la idea de su aplicabilidad a toda clase de IE es consecuente con la filosofía de su implantación, no creemos que pueda admitirse que las consideraciones de carácter político (soberanía) avalen un trato discriminatorio en razón del titular que reconozcan unas y otras. Desde éste ángulo, contemplamos la equiparación como una lógica cautela para la salvaguardia del control exterior de la riqueza nacional, sobre todo de la mobiliaria, por el ma--yor riesgo de dependencia que puede suponer.

Pero si descendemos al terreno concreto de los textos legales cabría observar: 1º) que la distinción, referida a inmuebles, no es sino la excepción que confirma -la regla general de la equiparación, y que se fundamenta -en la especialidad que en todas las legislaciones se con--fiere a las IE inmobiliarias; además, podría oponerse, como otra excepción -en este caso confirmatoria de la regla general- el texto del art. 13 de la misma LIE, el cual, al referirse a la actividad empresarial de los no residentes, no deja tampoco lugar a muchas dudas en éste sentido (173);

(173) LUCAS (Contratación en España, cit.; pág. 195), señala que -a pesar del texto legal- los españoles no-residentes no necesitan autorización administrativa -- (como señala el art. 13 de la LIE) para el ejercicio

aportación que, según los casos, contiene el art. 2º de la LIE, no constituyen un argumento en el terreno sustantivo, aunque lo sea en el monetario, creemos que el apartado 2. de este mismo artículo confirma la idea, ya que en todo caso los inversionistas extranjeros (españoles o no) pueden invertir en las mismas condiciones que los españoles residentes (equiparación total), salvo las limitaciones establecidas en la presente ley y las que se concretan en leyes especiales (sustantivas y monetarias), y en el apartado 3. se asimila al inversionista extranjero, incluso las sociedades españolas controladas, en ciertos porcentajes, por el capital exterior (art. 7, RIE); 3º) respecto a la expresión "participación extranjera" que contiene el art. 5º de la LIE, entendemos que el término ha de interpretarse en relación con la locución "inversiones extranjeras" que en el mismo párrafo se incluye y que, genéricamente, se han definido en el art. 1º del propio texto legal como las efectuadas en España por "españoles residentes en el extranjero" (párrafo 1). En el caso de IE realizadas a través de valores mobiliarios, el texto de los arts. 5º (IED) y 11º, 1 (IEC) del RIE, creemos que no admiten otra interpretación que la anterior (174).

de actividades empresariales en España, con tal de que en inversión se realice con sujeción a algunas de las modalidades del art. 2º de la LIE (vid. Sección II de éste capítulo); apoyando dicha idea en el D. de 29 de octubre de 1.976, regulador de las cuentas de ahorro del emigrante (art. 7º, apdos. b) y c). Estimamos que la publicación de la Res. D.G.T.E. de 20 de junio de 1.975, concediendo autorización general en éste y otros supuestos, deja sin efecto el argumento utilizado por dicho autor. La autorización es, pues, necesaria.

(174) Cabe adscribir a esta posición interpretativa a CAMA RA (Compendio de Derecho Mercantil, cit.; Vol. I., -- págs. 716 y 717) y ALVAREZ y LUCIDARDO (Control de cambios, cit.; Vol. 2, págs. 664).

1.2.2. INVERSIONISTAS EXTRANJEROS POR "CONTROL": SOCIEDADES DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA CON PARTICIPACION EXTRANJERA.

La segunda categoria de inversionista extranjero "impropio" está constituida, según ya adelantamos, por el caso especial de las sociedades españolas con participación extranjera; supuesto al que se refiere el apdo. 3 del art. 1º de la LIE cuando dice que "de igual forma, a los efectos de la presente ley, se considerarán IE, en -- los porcentajes que se establezcan, las que realicen las sociedades españolas que tengan participación extranjera en su capital, mediante la constitución de otras sociedades o mediante la adquisición de acciones o participaciones de las mismas"(175).

En este tema se hace bien patente la influencia que las consideraciones políticas y económicas han -- ejercido en el legislador, el cual, trata de evitar cualquier tipo de situaciones que desemboquen en un posible -- "descontrol" de los resortes de nuestro sistema económico.

El presente epígrafe lo vamos a analizar bajo un triple prisma: el primero, referido a la evolución legislativa del principio general contenido en la LIE; el segundo, examinando los criterios de control establecidos en el RIE, y el tercero, concretando las condiciones y -- circunstancias en las que se aplica efectivamente ésta es pecialidad legal.

(175) A nuestro entender, inexactamente -por lo que escribimos en la Sección I del Capítulo I- apuntan ALVAREZ y EGUIDAZU (Control de Cambios, cit.; Vol. I, pág. 631), que la introducción de ésta nueva categoria de inversores extranjeros hace que quiebre el doble principio de nacionalidad y residencia que habia servido de base para la regulación de las IE hasta la actual legislación.

Es curioso observar como el criterio del "control", que se admite como presunción de "extranjería" total o parcial de las sociedades (176), según hemos podido comprobar en páginas anteriores, desde hace tantos años en las normas legales extranjeras, no haya recibido su consagración general en las nuestras hasta los textos refundidos de 1.974, constituyendo, precisamente, su principal novedad, pese a - que la Exposición de Motivos de la LIE intente presentarla únicamente como un "desarrollo de principios ya contenidos en la legislación que se refunde y completa", lo cual es, - desde luego, inexacto. Se trata de una innovación legal que responde a la necesidad de colmar una laguna de las normas anteriores, que había sido reiteradamente denunciada por la doctrina (177).

No obstante precedentes legales, aislados, en los que está presente ésta idea del "control" pueden encontrarse en la normativa española anterior a octubre de 1.974. Valgan como ejemplos:

- la O.M. de la Presidencia del Gobierno, de 23 de julio de 1.948 sobre el régimen de sociedades extranjeras y capitales extranjeros en nuestros territorios colo-

(176) Como pone de relieve POLO (Prólogo a la obra de SERIK R., Apariencia y realidad en las Sociedades mercantiles, Barcelona, 1.958; pág. 18) "toda ponderación en esta materia ha de considerarse insuficiente. Los riesgos que amenazan la seguridad jurídica, cuando se -- pierde el respeto a la figura formal de la persona colectiva, para penetrando a través de ella alcanzar a su patrimonio y a sus individuos, no pueden ser silenciados ni desconocidos. Cuando el Derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye unas determinadas consecuencias jurídicas, el daño que resulta de no respetar aquellas, salvo casos excepcionales, - puede ser mayor que el que provenga del mal uso que - de las mismas se haga".

(177) CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, cit.; 1ª ed.; págs. 522 y ss.

niales de Guinea, completada con la O.M. de 30 de noviemb
bre de 1.949 (178);

- el D. de 9 de julio de 1.954, que prohibía la participación indirecta en las sociedades concesionarias de emisoras locales de radiodifusión;

- el D. de 24 de junio de 1.965, que establecía la misma prohibición del Decreto de 1.954 en el caso de las concesionarias de emisoras de frecuencia modulada;

- la O.M. de 11 de mayo de 1.966 contenía - idéntica limitación que en las dos normas anteriores, para las sociedades concesionarias de emisoras de música - ambiental;

- la ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1.966, excluye la participación extranjera, directa o indirecta en las empresas periodísticas y agencias informativas, y en las empresas editoriales e importadoras de publicaciones extranjeras pueden tener participación, directa o indirectamente, y hasta el límite del 50% del capital social, las personas naturales pertenecientes a los países de áreas idiomáticas española y portuguesa;

(178) Art. 4º: "A los efectos de esta disposición, serán -- asimiladas a extranjeras las sociedades en las que -- participe, cualquiera que sea su cuantía, el capital de extranjeros o de sociedades con participación de -- capital extranjero. Cuando así lo aconsejen los altos intereses de la Colonia o del Estado español, podrán concederse excepciones en el sentido de que se puedan establecer o actuar en los territorios españoles del Golfo de Guinea sociedades españolas en las que for-- men parte otras sociedades, también españolas, cuyo -- capital, parcialmente, se halle en poder de extranje-- ros. En todo caso, los títulos representativos del ca-- pital de la sociedad que se cree o establezca en la -- Colonia no podrán enajenarse en favor de extranjeros". (Los dos últimos párrafos fueron adicionados por Orden de 30 de noviembre de 1.949).

- en la legislación de Minas (ley de 21 de julio de 1.973) se declaran como extranjeras a las sociedades españolas cuyo capital pertenezca, en más de un 49% a extranjeros, "directa o indirectamente" (art. 90).

Ante este muestrario legal, se ha escrito (179) que "la circunstancia de que la nueva legislación sobre IE, iniciada con el D.L. de 27 de julio de 1.959, mencionara únicamente las participaciones extranjeras directas no podía considerarse, por tanto, como un olvido del legislador, y la consecuencia jurídica de ésta situación no podía ser otra que la de la permisibilidad de las participaciones indirectas, por aplicación del principio de igualdad entre españoles y extranjeros establecido en el art. 15 del C. de c.". Y así se produjeron situaciones que, sin constituir fraude de ley, daban lugar a que se burlase el espíritu y la intención "económica" que el legislador perseguía (180).

(179) GARGES, Régimen jurídico, cit.; pág. 23.

(180) Como ponen de relieve ALVAREZ y EGUIDAZU (Control de cambios, cit.; pág. 678), "si un grupo extranjero -- quería constituir una sociedad española dedicada a una determinada actividad, eludiendo la preceptiva autorización administrativa, constituía otra sociedad con un objeto totalmente distinto, para el que no exigía o no había dificultad alguna de obtener la autorización y, una vez constituida, dado que dicha sociedad tenía nacionalidad española, se constituía otra nueva sociedad suscribiendo la primera más del cincuenta por ciento de sus acciones ... Esta fórmula viciosa proliferó al amparo del Decreto de 18 de abril de 1.963 por el que se liberaron las inversiones extranjeras en determinados sectores, ya que bastaba con constituir una sociedad con un objeto social de los liberalizados por dicho Decreto, para, a continuación, como sociedad española, poder concurrir a la constitución de una nueva sociedad. Más burda si se quiere --añaden dichos autores-- era la práctica de las llamadas sociedades curzadas. Cuando un grupo de extranjeros quería constituir una sociedad española que, de acuerdo con nuestra legislación, necesitaba autorización administrativa y no quería someterse a ese preceptivo requisito, constituía dos sociedades, A y B, con el cincuenta por ciento de inversión extranjera y el otro cincuenta por ciento de participación española y que, por consiguiente, no necesitaba autorización administrativa por no superar el porcen

templado expresamente estos supuestos y los ha regulado minuciosamente, como exponemos a continuación.

B) Criterios de control establecidos en el RIE.

El RIE, en su art. 7º, regula con minuciosidad la forma de entender cuando una sociedad española, en cuyo capital social participan inversionistas extranjeros, será considerada bajo control, total o parcial de estos, y, en consecuencia, cuales son los resultados de tal situación.

El RIE establece dos "criterios de control"; - uno, general y ordinario, caracterizado en base a la cuantía o proporción en que el capital exterior se hace presente en la sociedad española; otro, excepcional, atendiendo a pautas no cuantificables numéricamente. Los examinamos a continuación:

a) Criterio "cuantitativo" de control.

El RIE distingue tres supuestos:

1º) Sociedades españolas en las que exista una participación extranjera superior al 50% de su capital so

taje de libre inversión. A continuación, se hacía un doble juego de adquisición de las participaciones nacionales. La sociedad A, que era española (aunque tuviera el cincuenta por ciento de capital extranjero), adquiría del accionista o accionistas españoles (normalmente testaferros) el cincuenta por ciento de su participación en la sociedad B. Y a la inversa, la sociedad B adquiría de los accionistas españoles su participación en la sociedad A. De esta manera se burlaba la legislación sobre limitación de porcentajes y, aunque a los inversores extranjeros les suponía un superior gasto fiscal, sin embargo, ambas sociedades quedaban al cien por cien en manos de extranjeros, que era lo que en realidad se pretendía". (Lal. CANARIA, I, pág. 721, nota 214).

cial.

En tal caso, las inversiones realizadas por estas sociedades en otras -también españolas-, se computa--rán como participación extranjera al 100 por 100 (art. 7º, 2.).

No se presenta aquí ninguna dificultad en la -interpretación, de tal forma que la adquisición de valo--res mobiliarios por la "sociedad participada" bien en el acto de constitución la nueva Sociedad, bien por compra -de los valores previamente circulantes, tendrá el mismo -trato que si se realizase por una persona jurídica extranjera (181).

2º) Sociedades españolas en las cuales la par--ticipación del inversionista extranjero es inferior al --50%, pero supera, en todo caso, el 25% del capital social.

Declara el RIE que, "el porcentaje de partici--pación extranjera en la Sociedad destinataria de la inver--sion se presumirá que es proporcional a la participación extranjera que tenga la sociedad inversora en su propio -capital" (art. 7º, 3) (182).

(181) No podrá sobrepasar, la inversión, salvo autorización expresa, la cuota del 50% (art. 5º, LIE).

(182) El cálculo de la participación extranjera es sencii--llo, entendiendo que el porcentaje juega sobre la --"cuota" de capital que se adquiere. Vgr.: si una so--ciedad española tiene una participación extranjera -del 40% y adquiere el 50% del capital de otra socie--dad, deberá computarse, respecto a ésta última, como IE, tan solo un 20% de su capital social. ALVAREZ y EGUIDAZU (Control de cambios, cit.; Vol. I, págs. 665-666) expresan los temores que una fórmula legal como la contenida en el apdo. 3 del art. 7º --del RIE puede suscitar al señalar que "hay que tener en cuenta que tanto el Decreto-Ley 16/1.959 como la legislación ahora promulgada no han fijado el princi--pio de control por mayoría nacional para poder efec--tuar inversiones extranjeras sin necesidad de autori--zación, puesto que los porcentajes de libre inversión se señalan en el 50 por 100, y no en el 49 por 100 -

El RIE establece, en este punto, una "presunción" inicial que, en ciertas condiciones, puede ser desvirtuada, según ponemos de relieve posteriormente.

3º) Sociedades españolas en las cuales la -- participación del inversionista extranjero es inferior al 25% de su capital social.

extranjero y 51 por 100 nacional que es el normalmente establecido por los ordenamientos jurídicos que siguen la teoría del control nacional. Podríamos decir que, en realidad, tanto la legislación anterior como la actual no aplican el criterio del control nacional, sino el del "no control extranjero". Las consecuencias de este principio pueden ser en la práctica muy graves; ya que, si en una sociedad constituida al 50 por 100 de participación nacional y 50 por 100 extranjera surgiera pugna entre los intereses de ambos grupos de socios, no hay duda que podría provocarse la paralización de la misma, por imposibilidad de funcionamiento de los órganos sociales. La aplicación del criterio de proporcionalidad señalado en el número 3 del art. 7 equivale a escindir la unidad de tratamiento del patrimonio de la sociedad inversora, para crear una ficción en virtud de la cual la participación extranjera en la sociedad inversora se considera como si tuviera autonomía a estos efectos; de ahí que solamente la parte "extranjera" en la sociedad inversora dará lugar a la consideración de inversión extranjera en las sociedades que constituya o en que participe. Pongamos un ejemplo: una sociedad española con el 40 por 100 de capital extranjero y el 60 por 100 de capital español adquiere la totalidad de las acciones de otra sociedad española que únicamente tiene capital español; la participación extranjera en esta última sociedad sería del 40 por 100, es decir, la misma de la sociedad; si adquiriera únicamente el 50 por 100 de las acciones de esa misma sociedad, la participación extranjera sería del 20 por 100, ya que el otro 30 por 100 se imputa al 60 por 100 del capital español de la sociedad inversora. Por tanto, lo que hace el supuesto contemplado por el número 3 del art. 7º es señalar el cómputo de participación extranjera efectuada por una sociedad española que, a su vez, tiene participación de capital extranjero superior al 25 por 100 y sin que exceda del 50 por 100. No está determinando, como a primera vista pudiera parecer, la participación extranjera en la sociedad destinataria de la inversión, -- que estará en función no sólo de la inversión que -- efectúe este tipo de sociedades con capital extranjero, sino también de la que pueden llevar a efecto -- los otros sujetos o titulares de inversiones extranjeras señaladas en el número 1 del art. 1º de la Ley y Reglamento".

Para éste caso, el RIE establece que no se -- comportará en absoluto como participación extranjera la -- que existiere --sin superar el límite del 25%-- en la sociedad española que efectúa la inversión (art. 7º, 4, a). Toda inversión realizada en estas condiciones será reputada íntegramente como nacional, sin que produzca efecto alguno en orden a cálculos de capital extranjero.

b) Criterio "cualitativo" de control.

El mismo art. 7º del RIE nos permite identificar dos supuestos, en que condiciones específicas de calificación no cuantitativa, afectan a ésta importante cuestión.

1º) Aplicación del principio del "control-poder".

El apdo. 3.1. del citado art. 7º establece -- que "excepcionalmente se computará como participación extranjera al 100 por 100 la que efectúe una sociedad española con participación extranjera igual o inferior al 50%, -- pero superior al 25% de su capital, cuando los socios extranjeros tengan una situación de dominio o prevalencia en la empresa, derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar a la Administración la existencia de una influencia decisiva de los socios extranjeros en la gestión de la sociedad".

Solo por interpretación conjunta de éste -- apdo. 3.1. y del 3. del mismo art. 7º se entiende la expresión "se presumirá" que contiene el segundo de los citados. En tanto no pruebe la existencia del "control-poder", juega la presunción del "control-propiedad".

Pero la aplicación práctica del principio contenido en el apdo. 3.1. del art. 7º, presenta dificultades--

cepcionalidad". La remisión a la Ley de Procedimiento Administrativo (183) que contiene el mismo apartado del texto reglamentario, nos sitúa ante el cauce jurídico a seguir, incoado bien por los particulares afectados o por la propia Administración (art. 67 de dicha ley), para comprobar la realidad del control extranjero de una sociedad española.

2º) Aplicación del criterio "control-administración" (184).

El apdo. 4.b. del art. 7º del RIE señala que no será computable la participación extranjera, cuando en el capital de la Sociedad española participe, al mismo -- tiempo, el Estado, bien directamente o a través del INI o de cualquier otro Organismo autónomo.

En éste supuesto no importa cual sea el porcentaje que alcance la IE; basta con que se produzca el -- hecho de la participación del Estado español cualquiera -- que sea, a su vez, su cuantía, para que se estime que no existe riesgo alguno en la inversión indirecta extranjera que se realice. La caracterización cualitativa del socio español es tan acusada, y su influencia en la marcha de -- la Sociedad tan determinante, que no cabe abrigar dudas sobre la imposibilidad de maniobras fraudulentas o abusivas

(183) La Ley de Procedimiento Administrativo actualmente -- vigente es de 17 de julio de 1.958. Un análisis sistematizado de la disposición, puede verse en GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, cit.; tomo II, págs. 359 y ss.

(184) Utilizaremos matizadamente -- como se expone en el texto -- ésta terminología, pretendiendo que no sea identificada, en su contenido, con la idea de "control -- político" en el sentido, por ejemplo, que se refería la ley de 2º de noviembre de 1.939, en su art. 5º, -- apdos. c) y d). Nos remitimos a los comentarios que sobre tales normas hizo, en su día, GARCES, Régimen Jurídico, cit., págs. 161 y ss.

por parte de los inversionistas extranjeros.

C) Aplicación del criterio del control.

La aplicación del criterio del control, como de terminante de una presunción de IE indirecta o de segundo grado, ni se produce con carácter general ni deja de estar sometida a ciertos condicionamientos que fijan los límites precisos de su efectividad práctica. De aquí que debamos - referirnos, fundamentalmente, a dos cuestiones principales.

a) "Modalidades" de IE a las que se aplica el - criterio del control.

A tenor del apdo. 3 del art. 1º de la LIE, el - supuesto que se viene examinando, se aplicaría solamente a una modalidad de IE que encaja, perfectamente, con el tema objeto de nuestro estudio: a las IE entre Sociedades. Se - descarta, inicialmente, cualquier otro tipo de operaciones en que no estén implicadas, como inversionista, una socie- dad española en cuyo capital social existan participaciones extranjeras y, como receptores de la inversión, otra socie- dad española, en la que puedan existir, o no, participacio- nes de igual carácter.

Por ello, la escasa doctrina que menciona este específico asunto, se limita a señalar que la teoría del - control se aplica "unicamente al supuesto de inversión o - participación en sociedades" (185). Sin duda la inclusión del apdo. 3. del art. 1º de la LIE en su Capítulo I, dedi- cado a las "Disposiciones generales", avala tal criterio. Pero el desarrollo del principio que se contienen en el -- art. 7º del RIE, único precepto legal referido al tema, e

(185) CAMARA (Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 720) y LUCAS (IE en España, cit.; pág. 14).

incluido expresamente en el Capítulo II ("De las participaciones sociales. Inversiones directas"), nos hace dudar si la idea de control debe ser aplicada a las IEC.

Desde el punto de vista de los términos de la ley, creemos que podrían mantenerse válidamente ambas alternativas, pero en favor de la segunda opción (exclusión de las IEC) actúa una poderosa razón de orden práctico, cual es -- la extraordinaria complejidad que acarrea el cómputo de -- porcentajes de IE indirecta en las sociedades cuyas acciones están admitidas a cotización oficial en las Bolsas de valores, de ordinario con grandes cifras de capital social y con una movilidad, en cuanto a sus transacciones, verdaderamente incontrolable desde el punto de vista de su efectiva actualización (186).

b) La "seguridad jurídica" en la aplicación de la noción del control.

En los textos de 1.974 se ha tratado de salvaguardar este aspecto jurídico, estableciendo un procedimiento específico, con tal finalidad (187). En efecto, el art. 32 del RIE prescribe que "la DGTE, por medio del Registro de Inversiones del Ministerio de Comercio, vigilará el cumplimiento de lo dispuesto en éste Rgto. especialmente en -- lo que se refiere a los porcentajes de participación extranjera directa o indirecta. A estos efectos --continúa el art. 32 del RIE--: 1. La DGTE, atendiendo al criterio de la proporción de la inversión extranjera, publicará en el "Boletín Oficial del Estado", mediante resolución, sucesivas --

(186) Como viene a reconocer CAMARA (Estudio de Derecho -- mercantil, cit.; Vol. I, pág. 725, nota 223, párrafo primero).

(187) Calificado peyorativamente por la doctrina como "complejo" (ALVAREZ y EGUIDAZU, Control de cambios, cit.; Vol. I, pág. 667), "ciertamente singular, pero que -- dista mucho de ser plenamente satisfactorio, entre -- otras razones porque no está totalmente claro cual -- sea su valor jurídico" (CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 723).

extranjera en su capital, conforme a los datos que obren - en el Registro de Inversiones del Ministerio de Comercio - (188) y que, asimismo, dichas Sociedades, a partir de la Reso- lución indicada, habrán de declarar en el Registro de In-- versiones del Ministerio de Comercio, todas y cada una de las que hubieran efectuado o efectúen en lo sucesivo en -- otras Sociedades españolas, participando en su constitu--- ción o mediante la adquisición de sus acciones o participa-- ciones sociales (189).

La doctrina, desmenuzando el art. 32 del RIE, - plantea dos cuestiones de muy indudable interés. La prime-- ra relacionada con el valor jurídico que deba atribuirse a la inclusión de una sociedad española en las listas a que se refiere el apartado 1. del texto legal; la segunda, res- pecto a las participaciones indirectas de segundo o poste-- rior grado.

1ª) Valor jurídico de la inclusión en las lis-- tas.

(188) La DGTE, en cumplimiento de éste precepto, ha publi-- cado hasta el presente dos listas de sociedades es-- pañolas con participación extranjera "mayoritaria" en su capital (Res. de la DGTE de 17 de abril de -- 1.975 y 19 de enero de 1.977). No obstante, el man-- dato legal exige que se publique la relación de "to- das" las sociedades españolas en cuyo capital -cual-- quiera que sea la proporción- participe el capital extranjero.

(189) La Res. de la DGTE, de 17 de abril de 1.975, esta-- blece que "la declaración referida en el RIE, art. 32.3., deberá formularse en el plazo de dos meses, a partir de la publicación de esta Resolución en el "Boletín Oficial del Estado", y de acuerdo con el - procedimiento establecido en el apartado D) de la - resolución de esta Dirección General de 25 de enero de 1.975 ("Boletín Oficial del Estado" del día 31), por la que se regula el procedimiento de la declara-- ción de inversiones extranjeras; y en especial de - acuerdo con lo dispuesto en las normas números die-- cinco y veinte de la misma".

LUCAS (190) y ALVAREZ y EGUIAZU (191) entienden que solo con la inclusión en las listas publicadas existe obligación, para las Sociedades españolas que consten en ellas, de dar cumplimiento al art. 7º del RIE. Y se basan, para sostener éste criterio, no solo en el párrafo 2. del art. 32 del RIE ("a partir de la publicación las sociedades referidas habrán de cumplimentar lo prevenido en éste Reglamento en cuanto se refiere a inversiones extranjeras mayoritarias"), sino en razones de carácter práctico, ya que de no ser así la utilidad jurídica de las listas sería prácticamente nula (192). CAMARA, por su parte (193), critica ésta conclusión tan absoluta, en lo que coincide con la "comunicación" de la D.G. de los Registros, de 28 de julio de 1.976, en la cual se trata de eliminar una práctica notarial, consistente en dejar constancia, en las escrituras de constitución de Sociedades, aumentos del capital o liberación de acciones y para el caso de que concurriese como fundador o suscribiese acciones una sociedad española, si esta tenía o no participación extranjera en su capital.

La D.G. de los Registros declara, en dicha comunicación de 1.976, que "parece evidente que, con independencia de la publicación o no de una sociedad en las listas de referencia, el art. 7º obliga a la sociedad de que se trate, sin que los interesados en la misma puedan ampararse en la circunstancia de su no inclusión en las listas para eludir el cumplimiento de las normas limitativas del Reglamento y, en particular, la exigencia de -

(190) Contratación en España, cit.; Vol. I, pág. 193.

(191) Control de cambios, cit.; Vol. I, pág. 684.

(192) Tan solo tendrían un valor informativo y, aun éste, escaso, porque quedarían anticuadas rápidamente.

(193) Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, págs. 724 y ss.

las autorizaciones pertinentes. Pero también es evidente que si se quiere dar algún sentido a la publicidad que comportan las referidas listas del art. 32 y garantizar el normal desenvolvimiento del tráfico jurídico ... es obligado concluir que mientras no figure la sociedad en las repetidas listas solo a los propios interesados puede exigirse el cumplimiento del art. 7º del RIE y no a los terceros". La doctrina que sienta es clara: el cumplimiento del art. 7º obliga siempre, aunque no medie publicación de listas, a los "interesados" (es decir, los socios administradores, etc.); la publicación de las listas se constituye en la condición esencial, respecto a la misma obligación, por parte de los "terceros", debiendo entender como tales, a todos los que, de alguna forma, se relacionan en un mismo acto jurídico (constitución de nuevas Sociedades; adquisición de acciones previamente circulantes) con la sociedad española en cuyo capital -- participan inversionistas extranjeros. Esta distinción -- alcanza su mayor contenido, en lo que se refiere a la posible nulidad de las operaciones de IE efectuadas, y consecuentemente, a las sanciones que de ello deriven (Disp. final 2ª, LIE).

2ª) Participaciones extranjeras de segundo o posterior grado.

Nos referimos al supuesto de constitución -- de una Sociedad, en que actúe como fundador otra sociedad española, sin ninguna participación extranjera, pero que, a su vez, reconoce como accionista a una tercera sociedad participada por extranjeros. Cuando los porcentajes de -- participación, hagan entrar en juego las presunciones -- del art. 7º del RIE, las complicaciones interpretativas pueden alcanzar cotas desusadas, a veces, de difícil solución.

Por ello, la doctrina que se ha planteado --

el tema considera que "no parece que la investigación de la participación extranjera deba ir más allá de la sociedad inversora, sin tener que remontarse a las sociedades que sean, a su vez, socios de la inversión, ni mucho menos a las que sean socios de la sociedad inversora" (194), criterio éste que "puede fundamentarse en el sistema de las listas" a tenor del cual "para que la participación extranjera de segundo grado pueda perjudicar a tercero, será necesario que la Sociedad que invierte figure igualmente en alguna de las listas que ha de publicar la DGTE" (195). Hay que creer que el argumento utilizado en último lugar, justifica una interpretación restrictiva o, -- cuando menos, estrictamente literal, del art. 7º del RIE.

2. SUJETOS PASIVOS: RECEPTORES DE LA IE.

Puesto que nuestro trabajo se encuentra de limitado por el específico concepto de los valores mobiliarios, hemos de incluir, bajo la rúbrica de los sujetos receptores de la IE, solamente a quienes estén facultados legalmente para emitir tales activos financieros. Y de ahí que, prácticamente, debamos establecer una primaria clasificación de los mismos distinguiendo entre -- las sociedades mercantiles y otros sujetos institucionales.

2.1. SOCIEDADES MERCANTILES.

Por la importancia que, dentro del contexto general, resisten las operaciones relacionadas directamente con las sociedades mercantiles, dedicamos a ellas,

(194) LUCAS, Contratación en España, cit.; Vol. I, pág. - 192.

(195) CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 727.

en primer término, nuestra atención.

Las Sociedades mercantiles, como sujetos pasivos de las IE, suscitaron cuestiones de indudable inte-rés desde el momento mismo de la publicación de la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria nacional, en 1.939, y solo al correr del tiempo, se ha producido una delimita-ción de conceptos que nos han permitido alcanzar las con-clusiones que se expondrán a continuación.

Las cuestiones que cabe plantear son las siguientes:

2.1.1. SOCIEDADES MERCANTILES RECEPTORAS DE IE. DELIMITA-CION DEL CONCEPTO.

Es curioso observar como en la generalidad de los textos legales especiales que regulan las operacio-nes de IE, son más numerosas las referencias al término - "empresa" que al de "sociedad" (196), conceptos estos que, en buena técnica jurídica. no cabe identificar en absolu-to (197). Tal vez la razón de utilizar esta equívoca ter-

(196) Decisión 24 Pacto Andino (art. 1º, párrafo segundo); Estatuto chileno (arts. 8º-10º); ley argentina (art. 2º); ley mejicana (arts. 2º, 5º, etc.); ley italia-na (arts. 1º y ss.).

(197) Sobre el particular, vi.: GARRIGUES, Hacia un nuevo Derecho mercantil, Madrid, 1.971, págs. 270 y ss.; Anotaciones de un jurista sobre reformas de la empre-sa, Madrid, 1.970, Caps. I y II; POLO, Empresa y so-ciedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues, en Es-tudios Jurídicos en homenaje a J. Garrigues, Madrid; MUNTADAS V., Sobre el uso de la palabra empresa en -sentido lato, en Rev. Jurídica Cataluña, 1.961, nº 1, págs. 235 y ss. Véase el recurso contencioso-adminis-trativo interpuesto por la Abogacía del Estado de Cá-ceres, con fecha 5 de marzo de 1.970, contra acto ad-ministrativo de la Delegación provincial de Industria, en el que se aborda el tema del concepto de empresa a efectos de la reglamentación de IE (Anales de la - D.G. Contencioso, Tomo III, págs. 627 y ss.), y el - comentario a ciertas resoluciones dictadas por el -- Tribunal de la CLCA, incluidas en el Vol. XVI, nº 3, de la Rev. Española de Derecho Internacional; Madrid, 1.963; págs. 594 y ss.

minología, radique, por una parte, en la firmeza del lenguaje económico que tratan de aprehender y, por otra, la falta de intervención, en la creación, e incluso la redacción, de los textos legales, de juristas que sepan -- traducir fielmente los conceptos económicos que en éstos han de plasmarse.

Nuestra ley de 1.939 (Ordenación y Defensa de la Industria nacional) utilizaba un término diferente de los dos anteriores. Sus preceptos contienen una constante referencia al concepto de "industria", entendiendo por tal "toda actividad económica desarrollada con alguna de las finalidades" que expresa el mismo art. 2º: generación, -- transporte, transformación, distribución y aplicación de la energía mecánica, química, eléctrica o térmica; obtención de productos mediante operaciones manufactureras o -- fabriles, etc. Como puede observarse, cualquier actividad económica delimitada, en cuanto a su contenido, por la finalidad esencialmente productiva (198), y sin delimitar -- en absoluto, respecto a su estructura jurídica.

Las normas liberalizadoras, dictadas en 1.959, introducen --por copia de la legislación italiana-- el concepto de "empresa" (art. 1º, D.L. 27 julio 1.959), arrumbando el de "industria". Pero las dudas no se disiparon -- en absoluto, porque, como escribe ALVAREZ PASTOR (199), --

(198) De la interpretación del texto legal, deduce GIMENEZ ARNAU (Constitución de sociedades con aportación de capital extranjero, en Rev. Derecho Notarial; Madrid, año VII, 1.959, nº 23; págs. 41-42) que no podían -- considerarse como industrias, las minas y los talleres de laboreo de minerales; las actividades agrícolas, pecuarias y agro-pecuarias; la industria o actividad de parcelación, reparcelación, urbanización y construcción de inmuebles; la industria hotelera y -- la típica actividad de intermediación que dá a quien la ejerce el carácter de comerciante.

(199) Nueva normativa de IE, en Rev. Española de Financiación y Contabilidad; Madrid, 1.974; Vol. III, nº 10; págs. 59-60.

el concepto equivoco de empresa que, si bien tenia una amplitud mayor que el de industria, sin embargo, sigue siendo un concepto más económico que jurídico, sin definir el contenido del mismo. De aquí que, tanto el mismo D.L. de 27 de julio de 1.959 como las disposiciones complementarias, al fijar la participación extranjera en función del "capital de la empresa" e incluso del "capital social" -- nos estén confesando la inutilidad del concepto base para tomar el concepto de sociedad o empresario social como -- centro del mismo. En definitiva -concluye ALVAREZ- el término empresa aparece empleado, en las mismas disposiciones, unas veces en sentido de establecimiento mercantil y otras confundiéndole con el concepto de empresario en concreto, de empresario social.

En los textos redundidos de 1.974, se tienen en cuenta las cuestiones a que puede dar lugar la utilización del término empresa, y se adopta -prescindiendo de - aquel- la terminología más correcta, jurídicamente hablando, de "sociedad" (art. 3º, 1, LIE).

En este sentido, el término "sociedad" engloba cualquier modalidad admitida por la ley (S.A.; S.R.L.; Sociedad regular colectiva; Sociedad comanditaria), deshechando las formas colectivas de actividad económica no reconocidas por el Derecho como auténticas "sociedades" dotadas de personalidad propia, jurídicamente independientes (vgr.: comunidades de bienes; sociedad de gananciales; cuentas en participación; unidades económicas sin personalidad jurídica; etc.).

Pero a los específicos fines de nuestro estudio, el término "sociedades" ha de constreñirse, unicamente, a aquellas que puedan emitir valores mobiliarios, que concedan, participación en su propio capital social (vgr.: acciones) o no (vgr.: obligaciones).

les, a la Sección II del Capítulo I.

Por otro lado, al referirse la ley de 1.939 -- tan sólo a las "industrias", no faltaron autores que defendieran el que, las limitaciones contenidas en tal disposición, respecto de la IE, se aplicaban únicamente a -- las "industrias", continuando el régimen de libertad absoluta en los demás supuestos (principalmente en el caso de las actividades comerciales) (200). Y como el art. 13, -- del D.L. de julio de 1.959, derogaba únicamente los arts. 5º y 6º de la ley de 1.939, tampoco dejaron de aparecer -- los intérpretes de la nueva normativa, que la estimaron -- aplicable solamente a las "empresas no comerciales (201). Es lo cierto que, pese a todo, se mantuvo el criterio administrativo de estimar que "el art. 1º del D.L. de 27 de julio de 1.959, no establece diferenciación alguna entre empresas industriales y comerciales, por lo que debe interpretarse que la nueva legislación sobre inversiones -- abarca a toda clase de empresas" (202).

Cabe afirmar que la normativa de 1.974 se aplicará a toda clase de IE, cuyos destinatarios sean socieda

(200) GIMENEZ ARNAU, Constitución de sociedades, cit.; pág. 42.

(201) Nos remitimos a los trabajos de DEXEUS J., IE en España: el tope de participación en el capital de las empresas no industriales, en Rev. Jurídica de Cataluña, 1.960, nº 5; págs. 1 y ss.; JUSTE, Algunas cuestiones prácticas sobre la nueva legislación de IE, - en Rev. Jurídica de Cataluña, 1.960, nº 3; pág. 259; PELAYO HORE, Inversiones de capital extranjero en España, en Rev. Derecho Notarial, Madrid, 1.966, nº 52, págs. 246; VALLET DE GOYTISOLO, Las IE en el Derecho notarial español, en la obra colectiva Las inversiones de capital extranjero en España, cit.; tomo II, pág. 593.

(202) Respuesta de la Oficina de Información de la Presidencia del Gobierno, de 25 de marzo de 1.960, citada por DEXEUS, IE en España; cit.; pág. 3. También, en sentido restrictivo, son interpretadas las normas de 1.959 y posteriores por GARCES, Régimen jurídico, cit.; -- pág. 99.

des españolas, públicas o privadas, industriales, comerciales o de servicios, cualquiera que sea su actividad, dejando siempre a salvo las normas específicas que, en casos -- concretos (Disp. final 1ª, LIE) sean de observación prioritaria, o los casos excepcionales en que, taxativa y expresamente, se excluyan del ámbito de su aplicación, como sucede en el supuesto de "las empresas cuyas actividades estén directamente relacionadas con la defensa nacional", -- tal y como dispone el art. 28 de la LIE y corrobora el art. 39 del RIE.

Una cuestión intimamente relacionada con lo - que se acaba de escribir, es la relativa al "objeto social" de la sociedad receptora, y su posible característica delimitadora en orden a la aplicación del régimen legal concreto de la IE.

Las normas españolas de carácter general sobre IE, no contienen ninguna especificación al respecto, pudiendo interpretarse tal silencio en el sentido de admitir que, en principio, el objeto social, la actividad a que se dedique de la sociedad española es por completo irrelevante. - Pero tal conclusión es exacta tan solo parcialmente, toda vez que el objeto social adquiere relevancia en dos supuestos concretos: el primero, para discernir sobre la aplicación del régimen, general o especial, a la aportación ex--tranjera; el segundo, para el caso de IE realizadas mediante autorización, genérica o específica, por cuanto el disfrute del trato legal subsiguiente está condicionado, precisamente, al mantenimiento de la actividad -del objeto social- en contemplación al cual se produjo la autorización, tal y como parece deducirse del contenido del apdo. 5 del art. 33 del RIE. El tema es interesante, y será objeto de desarrollo posteriormente.

2.1.2. LIMITACIONES A LA PARTICIPACION DEL CAPITAL EXTRANJERO.

con objeto de evitar, en lo posible, el control de los resortes económicos de un país por parte del capital extranjero, se han adoptado, en las diferentes normas legales extranjeras, una serie de mecanismos legales a los cuales se hizo ya referencia en la Sección I del Capítulo II. Y recordando lo que en tal lugar escribíamos, se subrayaba la importancia otorgada a la cautela que consistía en propugnar la creación de "sociedades mixtas" de capital nacional y extranjero y, para ello, se limita, de ordinario, el porcentaje que la IE puede alcanzar en el capital social. No sucede lo mismo en los supuestos en que la IE se materializa a través de valores mobiliarios que no puedan otorgar nunca al inversionista extranjero participación alguna en el capital o la gestión de la sociedad española (vgr.: adquisición de obligaciones, partes de fundador, etc.) -- (203).

Por ello, creemos que se debe distinguir, en este punto, entre las IE que confieran participación en el capital social y aquellas otras que formalizan operaciones de carácter diferente.

2.1.2.1. LAS LIMITACIONES A LA PARTICIPACION EXTRANJERA EN EL CAPITAL SOCIAL DE LAS SOCIEDADES ESPAÑOLAS.

Nuestro Derecho ha seguido, en ésto, la tendencia general y ya desde la ley, repetidamente citada, de 24 de noviembre de 1.939, se estableció con carácter general un límite a la participación exterior (del 25%, según los arts. 5º y 6º) (204), aunque "en casos excepcionales,

(203) De ahí, que las obligaciones o títulos similares, que den la opción a convertirse en acciones -pese a su carácter inicial de títulos de renta fija- sean tratados por el RIE como valores mobiliarios participantes (art. 3º, 4.1.).

(204) El art. 5º, a), señalaba, literalmente, que el capital social será propiedad de "españoles" en sus tres cuartas partes, como mínimo. De ahí que la doctrina interpretase que la condición de "residente" o "no-re~~s~~idente", en el caso de españoles, fuera intrascen~~d~~dente.

el Estado, previa deliberación del Consejo de Ministros, podrá variar las restricciones establecidas en la extensión indispensable que permita la realización de proyectos industriales de extraordinario interés nacional" -- (art. 7º).

En cumplimiento de un propósito liberalizador, manifestado por el Gobierno en el Memorandum de 30 de junio de 1.959, dirigido al Fondo Monetario Internacional y a la O.C.D.E. -en el que expresamente se decía que "se suavizarán las limitaciones impuestas a la participación del capital extranjero en empresas nacionales"- , las normas sobre IE, publicadas en los años 1.959 y siguientes, amplían el cauce al capital exterior, aumentando -como regla general- hasta un 50%, el límite anterior del 25% (arts. 5º del D.L. de 29 de julio de 1.959 y nº 2 de la O.M. de 15 de marzo de 1.962), con la posibilidad de que, por autorización del Consejo de Ministros -- (art. 5º D.L. de julio de 1.959 y nº 2 de la O.M. de marzo de 1.962), no condicionada a circunstancias excepcionales como sucedía en la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria, el porcentaje de IE pudiera llegar a alcanzar el 100 por 100 del capital de la sociedad receptora.

Los textos refundidos en 1.974, recogen claramente éste principio general (arts. 5º, 1, LIE y 11º, 1 y 33º, 1, RIE) (205), dejando a salvo, no obstante, la -específica legislación aplicable en concretos sectores económicos o tipos de "empresas", la cual -por imperativo del párrafo primero de la Disp. final 1ª de la LIE-,

(205) Escribimos "claramente", porque no cabe silenciar que, al interpretar las normas de los años 1.959 y ss., -la DG de los Registros sentó -con su famosa Res. de 22 de julio de 1.970, ampliamente analizada por la doctrina- un criterio que restringía el principio general que se deducía de los textos legales, y de la que ya nos ocupamos en la Sección I, del Capítulo I, págs. 193-194 y notas marginales 56 y 57.

deberá aplicarse con carácter prioritario.

La citada Disp. final, contiene una enumeración pormenorizada de éstas "empresas" (206) de régimen específico (207). Esta actitud legal nos plantea la duda de si, fuera de las que relaciona expresamente, habrá de entenderse que no cabe reconocer otras actividades con derecho a invocar un régimen peculiar en materia de IE. Es decir, la Disp. final 1ª de la LIE, ¿tiene carácter limitativo o es simplemente enunciativa? Parece que, de los términos literales del texto legal, podría deducirse una respuesta en el primer sentido (208). Pero, no obstante, entendemos que en éste punto concreto se debe im-

(206) La utilización del término "empresas" puede dar lugar a considerar que el régimen específico se aplica solamente al caso de la IE "participante" o también al de la creación de sucursales o establecimientos permanentes en nuestro país. Parece lógico inclinarse por ésta interpretación más amplia.

(207) La Disp. final 1ª de la LIE dice textualmente: "Las IE que se efectúen en Empresas cuya actividad se indica se regularán por sus disposiciones específicas, sin perjuicio de la aplicación del presente Reglamento en todo lo no regulado en aquéllas. a) Empresas o Sociedades que posean o exploten estudios, laboratorios o, en general, establecimientos para la producción cinematográfica en España, así como las dedicadas a producciones de esta índole, al doblaje o a actividades análogas. b) Las Empresas explotadoras de emisoras locales de radiodifusión. c) Las Empresas periodísticas. d) Agencias informativas. e) Empresas editoriales. f) Empresas mineras. g) Empresas dedicadas a la investigación y explotación de hidrocarburos. h) Empresas bancarias. i) Empresas de seguros. j) Empresas dedicadas al refinado del petróleo. k) Sociedades que tengan por objeto el transporte aéreo. l) Empresas navieras. m) Concesiones de aprovechamiento de aguas públicas a extranjeros y Sociedades extranjeras. n) Sociedades contratistas de obras, servicios y suministros con el Estado u Organismos autónomos (disposición final primera de la Ley de Inversiones Extranjeras)".

(208) Esta es la postura que defiende SEBASTIAN DE ERICE, El régimen legal de las IE en determinadas actividades específicas, en Rev. Información Comercial Española; Madrid, noviembre de 1.976; nº 519; págs. 100-101.

poner una interpretación que, acorde con lo dispuesto en el apdo. 1 del art. 3º del C.c., nos conduciría a considerar como más certera la contestación opuesta; es decir, que la cita contenida en la Disp. final 1ª, no excluye el que puedan reconocerse otros campos de actividades que, sin estar expresamente incluidos en su enumeración, deban someterse, en lo que se refiera a IE, a un régimen peculiar. La constante evolución que experimenta toda la temática de la penetración del capital extranjero, implica la necesidad de admitir esta posibilidad de interpretación (209). Es claro que el distinto rango legal de las disposiciones concurrentes, en cada caso concreto, es un elemento de primera magnitud a tomar en consideración (tal y como lo proclama el apdo. 2 del art. 1º del mismo C.c.).

Por otra parte, y antes de examinar la casuística legal, se debe poner incidir sobre otra cuestión interpretativa de carácter esencial, referida a las normas especiales, y que ya esbozamos con anterioridad al tratar de la equiparación entre extranjeros y españoles no residentes.

Si tenemos en cuenta que algunas de tales disposiciones específicas, vigentes en la actualidad, son de fecha anterior a 1.959, y que el art. 5º de la ley de 24 de noviembre de 1.939 se refería a los porcentajes de IE con una fórmula en la que se excluía de las prohibiciones a los "españoles", con independencia de su situación de residencia, dentro o fuera del país, no puede dejar de cuestionarse si, en éstos casos concretos, es aplicable el criterio de la LIE y el RIE que, realmente, derogaría el texto legal especial, conculcando, de hecho, el contenido de la Disp. final 1ª de ambos textos legales.

(209) En apoyo de nuestra interpretación, puede aducirse el R.D. de 28 de marzo de 1.977, nº 1.026, por el que se regula la IE en empresas que se dediquen a la explotación de los juegos de azar.

La escasa doctrina que se ha ocupado expresamente de esta vertiente del tema no es unánime en la contestación. Para CAMARA (210), la publicación de los textos refundidos aclara la cuestión, en el sentido de estimar que las limitaciones de los textos específicos se -- aplican tanto a los extranjeros como a los españoles no residentes; SEBASTIAN DE ERICE (211) aparece como partidario de una interpretación, un tanto oscura, que admitiría --aunque sólo en supuestos especiales-- la diferencia de --trato entre extranjeros y españoles, sean o no residentes en el exterior. A nuestro entender, la especialidad de los regímenes contemplados en la Disp. final 1ª de --LIE no se constriñe, en la mayoría de los casos, al solo punto esencial del porcentaje que puede alcanzar la IE, sino a otros matices que, en ciertas actividades, se refieren incluso a la misma "calidad" de los inversionistas. De ahí que entendamos que el régimen específico debe prevalecer siempre sobre el general de la LIE y el --RIE y que, donde aquel distingue, ha de respetarse la --distinción. Por ello, en estos casos concretos y determinados, es válida la no equiparación entre extranjeros y españoles no residentes, tanto a los efectos de cálculos de porcentajes, como en otros aspectos diferentes, salvando siempre las disposiciones de carácter monetario, --aplicables en todo caso, como normas de orden público --que son.

Con objeto de sistematizar las distintas normas vigentes, se puede establecer, en la cuestión que --examinamos, una triple distinción: sociedades que no admiten porcentaje alguno de participación extranjera; sociedades sujetas al régimen general de participación; sociedades a las que se aplica un régimen especial.

(210) Estudio de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. --730, nota 230.

(211) El régimen legal de las IE, cit.; págs. 89 y ss.

A) Sociedades que no admiten porcentaje alguno de participación extranjera.

En este grupo, en el que la IE no puede hacer se presente, suelen incluir los autores las sociedades - que tienen por objeto la explotación de una industria directamente relacionada con la defensa nacional; las sociedades cuyas actividades se relacionan con la cinematografía; las que explotan emisoras locales de radiodifusión; las periodísticas y agencias informativas y las titulares de aprovechamientos de mercurio. No obstante, -- creemos que esta lista podría corregirse excluyendo las empresas periodísticas y agencias informativas e incluyendo las Sociedades cuyos estatutos prohíben expresamente cualquier participación de capital que no sea nacional. Examinaremos, a continuación, cada uno de los casos enumerados.

a) Sociedades que tengan por objeto la explotación de una industria directamente relacionada con la defensa nacional (212).

El art. 28 de la LIE (reproducido en el art. 39 del RIE) excluyen del ámbito de los textos refundidos éste tipo de empresas, lo que se interpreta por la doctrina como una prohibición total al capital extranjero, basada, para unos (213), en que el art. 5º b) de la ley de 24 de noviembre de 1.939 ha de reputarse vigente a éste efecto y, para otros (214) por el simple hecho de su

(212) Como precedente remoto de ésta "especialidad", se debe recordar la ley de 22 de julio de 1.918 sobre industrias militares.

(213) CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I; pág. 728; LUCAS, IE en España, cit.; pág. 37.

(214) ALVAREZ y EGUIDAZU, Control de cambios, cit.; Vol. 1, pág. 648.

exclusión en la aplicación de las normas generales (215).

Es indudable que los primeros razonan más - jurídicamente su postura, al señalar que, aunque el art. 13 del D.L. de 27 de julio de 1.959 deroga los arts. 5º y 6º de la ley de Ordenación y Defensa de la Industria, dicho precepto debe interpretarse en armonía con lo dispuesto en el art. 2º del propio D.L., que excluye de su ámbito las empresas cuya actividad esté directamente relacionada con la defensa nacional, y, en consecuencia, debe entenderse que la derogación del art. 5º de la ley de 1.939 no alcanza al apdo. b) de dicho artículo, que es, precisamente, el que ordena que en estas industrias el capital - ha de ser integramente español, así como tampoco alcanza al párrafo primero del art. 6º de la repetida ley de Ordenación y Defensa, que prohíbe la transferencia a extranjeros de los establecimientos e instalaciones industriales de Defensa Nacional, en cualquier forma en que esté representada (216).

A nuestro entender, la prohibición de participación extranjera en esta clase de sociedades habría de considerarse, más correctamente, como la "no posibilidad" de acceso al capital exterior, derivado de la inexistencia de un régimen jurídico específico aplicable a este tipo de actividades. El D.L. de julio de 1.959 contiene dos preceptos que no pueden ser interpretados armónicamente - porque se refieren a dos conceptos diferentes: el art. 2º a las actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, y el art. 13 a la derogación de unas normas

(215) Más extraña aparece la afirmación de GARCÉS al escribir que "desde la promulgación del D.L. de 27 de julio de 1.959 ha de entenderse que la situación, reiterada por los textos legales de 31 de octubre de 1.974, es la de prohibición total de participaciones extranjeras en las empresas cuya actividad esté directamente relacionada con la Defensa Nacional" (Régimen jurídico, cit.; pág. 106).

(216) LUCAS, IE en España, cit.; pág. 37, nota nº 26.

anteriores, referidas a las condiciones en las que podía penetrar el capital extranjero en las "industrias" españolas, entre las cuales figuran, como otras más, las relacionadas con la defensa nacional. El art. 13 del D.L. de 1.959 es taxativo y no cabe pensar en una derogación parcial del contenido de los arts. 5º y 6º de la ley de 1.939.

Se trataría, pues, en la regulación de la IE en este tipo de sociedades, de un caso claro de laguna legal en el que ni siquiera es aplicable la analogía. Ante ésta falta de reglamentación, el capital extranjero no podría acceder, no por prohibición, sino por carecer de un cauce legal adecuado para ello (217).

La exclusión legal se refiere únicamente a las "empresas" directamente relacionadas con la defensa nacional. A éste respecto es preciso recordar que, en el art. 3 de la ley de 24 de noviembre de 1.939, hoy en día vigente, se definían a estas empresas como aquellas "que en tiempo de paz fabriquen normalmente material de guerra o elementos de aplicación inmediata a la misma" (apdo. A). Pero el mismo precepto contemplaba el grupo de las "industrias auxiliares para la Defensa Nacional", considerando como tales "las que, fabricando en tiempo de paz materiales que no son de aplicación inmediata a la guerra, producen primeras materias o elementos indispensables para la fabricación de material de guerra, así como las que puedan fácilmente transformarse para producir elementos necesarios a la defensa de la Nación" (apdo. B). Parece lógico pensar que las sociedades que pueden incluirse en este se

(217) En esta apreciación viene a coincidir SEBASTIAN DE ERICE (El régimen legal de las IE, cit.; pág. 91) al señalar que la expresión utilizada por la LIE ("quedan excluidas") es muy imprecisa, pues de sus términos literales no se deduce la prohibición de IE, y podría incluso deducirse lo contrario, es decir, la libertad de IE en dichas empresas.

gundo grupo, se regirán por las normas generales, a las que nos referimos posteriormente, porque no les afectaría el contenido del art. 28 de la LIE. No obstante, la cuestión no aparece tan clara si tenemos en cuenta que, por ejemplo, el R.D. de 16 de julio de 1.976 (nº 2135) al regular la aplicación de los beneficios de la ley sobre industrias de interés preferente, de 2 de diciembre de 1.963, a las empresas directamente relacionadas con la defensa nacional, considera que "se conceptúan como industrias directamente relacionadas con la defensa nacional las clasificadas como tales en los apartados A) y B) del art. 3º de la Ley de 24 de noviembre de 1.939" (art. 1º).

b) Sociedades cuyas actividades se relacionan con la cinematografía (LIE, Disp. final 1ª, a) (218).

El art. 2º de la ley de 27 de abril de 1.946 -- (que ratifica con fuerza de ley el D.L. de 25 de enero del mismo año) dispuso que el capital de las empresas o sociedades que posean o exploten estudios, laboratorios o, en general, establecimientos para la producción cinematográfica en España, así como las dedicadas al doblaje o actividades análogas, será íntegramente español.

En éste supuesto, por aplicación del criterio a que hemos hecho una referencia anterior, entendemos que la limitación no juega con relación a los españoles no-residentes, ni tan siquiera para el tope del 50% (219), aunque

(218) JUSTE M., Inversiones de capital extranjero en las industrias cinematográfica y naviera, en la obra colectiva, Las inversiones de capital extranjero en España, - cit.; tomo I, págs. 417 y ss.

(219) La misma disposición establece la nominatividad de las acciones y la prohibición de efectuar contratos de -- arrendamiento, cesión o similares que de manera directa o indirecta pudieran contravenir las finalidades de la ley.

el Gobierno puede variar tales restricciones en casos excepcionales, por razones de reciprocidad o similares (art. 5º de la ley de 1.946).

c) Sociedades que exploten emisoras locales - de radiodifusión (LIE, Disp. final 1ª, b) (220).

A tenor del art. 4º del D. de 9 de julio de 1.954 y del párrafo 3 del art. 4º del D. de 24 de junio de 1.965 el capital de las sociedades anónimas concesionarias deberá estar representado por acciones nominativas - intransferibles a extranjeros. Este mismo criterio rige - para el caso de que sea accionista otra sociedad por acciones, lo que implica -al decir de GARCÉS (221)-, la solución del problema de la participación extranjera indirecta o de segundo grado, mediante la eliminación de la posibilidad de que se produzca, al prohibir la transferencia a favor de sociedades de las acciones de la sociedad concesionaria.

Como apunta SEBASTIAN DE ERICE (222), "otras - disposiciones posteriores han regulado las emisoras de -- frecuencia modulada y las dedicadas exclusivamente a transmitir música ambiental. Tales emisoras no son citadas en la disposición final primera de la LIE, lo cual no debe interpretarse sino como un simple olvido. El decreto 1497/75 de 19 de junio sobre disposiciones derogadas, modificadas y vigentes en materia de inversiones extranjeras no - cita a las disposiciones que regulan ambos tipos de emisoras entre las derogadas ni modificadas. Las emisoras en - ondas métricas y modulación de frecuencia están reguladas

(220) Antecedentes: D. de 8 de diciembre de 1.932 y D. 22 de mayo de 1.953.

(221) Régimen jurídico, cit.; pág. 111, nota 1.

(222) El régimen legal de las IL, cit.; pág. 93.

por el decreto 1876/65 de 24 de junio. Según su artículo 4º las instituciones y personas que soliciten autorización para operar dichas emisoras deberán tener nacionalidad española, así como también sus miembros o socios y el personal directivo de las mismas. Cuando se trate de sociedades por acciones, éstas deberán ser nominativas e intransferibles a extranjeros; en el supuesto de que alguno de los accionistas sea a su vez una sociedad por acciones, deberán concurrir en la misma idénticos requisitos (así pues, el decreto que comentamos tenía ya en cuenta las inversiones de segundo grado, prohibiendo expresamente que a través de ellas pudiera eludirse la exigencia de nacionalidad española de los concesionarios). Las emisoras destinadas a la transmisión de música funcional o ambiental está reguladas por la Orden de 11 de mayo de 1.966, que establece, en su artículo 6º, los mismos requisitos de nacionalidad española para los concesionarios que han quedado analizados antes. A diferencia de lo que ocurre en la legislación sobre empresas cinematográficas, en la referente a emisoras de radiodifusión no se prevé que el Gobierno pueda en ningún caso autorizar la participación de extranjeros".

d) Sociedades titulares de aprovechamientos de mercurio.

De conformidad con el contenido del apartado 3, del art. 90 de la Ley de Minas, de 21 de julio de 1.973, no se permite participación alguna del capital extranjero en estas sociedades.

e) Sociedades titulares de empresas periodísticas y agencias informativas.

Se prohíbe cualquier participación al capital propiedad de súbditos extranjeros (Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1.966, art. 17), si bien existe al-

guna especialidad muy concreta, a la que nos referimos -
posteriormente.

f) Sociedades concesionarias de aprovechamientos de aguas públicas, de naturaleza hidroeléctrica (uso público y general), abastecimiento de poblaciones (servicio público) y destinados a actividades relacionadas con la defensa nacional. (Disp. final 1ª, LIE, apdo. m) (223).

El D. de 17 de marzo de 1.966, por el que se adapta la normativa de éste tipo de sociedades concesionarias a las disposiciones que, sobre IE, habrían aparecido en 1.959, establece -por excepción (art. 2º)- un régimen en el que no se admite participación alguna de capital extranjero.

g) Sociedades cuyos estatutos prohíben expresamente cualquier participación extranjera en su capital social.

Los estatutos sociales constituyen la ley primordial del régimen de la sociedad (T.S., sentencia 5 de abril de 1.961); son la "norma constitucional de la sociedad" (224), cuya interpretación, para unos (225), debe realizarse ajustándose a las reglas propias de los ne

(223) El criterio restrictivo para la IE en este tipo de sociedades, se estableció ya en el art. 1º del Pliego General de Condiciones de 7 de diciembre de 1.900 y el R.D. de 21 de diciembre del mismo año, que prohíben -- por vez primera en nuestro país la admisión de extranjeros a las concesiones de servicios públicos y de ferrocarriles y tranvías. Este criterio legal fué, someramente, corroborado por la ley de 14 de febrero de 1.907 y el Rgto. de 23 de febrero de 1.908 (adicionado por el R.D. de 25 de julio de 1.908) y por los RR.DD. de 12 de marzo de 1.909 y 22 de junio de 1.910.

(224) GARRIGUES, Comentarios a la LSA, cit.; 3ª ed., Tomo I, pág. 236.

(225) GARRIGUES, Comentarios a la LSA, cit.; 3ª ed.; tomo I, pág. 236; CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. 1, pág. 525.

gocios jurídicos, aplicando los arts. 1281 y siguientes del C.c., mientras para otros (226), los criterios de interpretación válidos no son otros que los propios de la interpretación de la Ley, es decir, los contenidos en los arts. 3º y ss. del C.c.

Cualquiera que sea la postura que se adopte - en la cuestión anterior, y prescindiendo de que nos parezca más aceptable la segunda (227), es lo cierto que a los estatutos sociales de cualquier sociedad puede incorporarse un precepto relativo a la prohibición de participación extranjera, españoles no-residentes o sociedades españolas con participación exterior (228). Esta posibilidad no puede ser desconocida, puesto que las menciones a que se refiere el art. 11 LSA son el contenido mínimo forzoso -- que deben contener, pero que no obstaculizan en absoluto el que los fundadores puedan incluir cualquier otro tipo de pactos lícitos que estimen conveniente. Y entre estos, por aplicación del contenido del art. 46 de LSA, cabe admitir tal restricción a la libre transmisión de las accion

(226) GIRON TENA, Derecho de S.A., cit.; pág. 99. Este autor defiende tal criterio cuando estén en juego los intereses de terceros o de accionistas no fundadores. Si las cuestiones se suscitan entre los fundadores, serían -- aplicables las normas de interpretación de los contratos.

(227) Nos apoyamos principalmente, para mantener esta idea, en que toda la "teoría legal" de la modificación de los estatutos, constituye una clara excepción a las reglas que, con carácter general, rigen en materia de contratos (vid. art. 1256 del C.c.).

(228) En cierto modo, esta situación se produjo en las SA cuyos estatutos no se acomodaron a la normativa sobre IE surgida en 1.959, y continuaron consignando la prohibición de la Ley de 24 de noviembre de 1.939 sobre la -- prohibición de transmitir a extranjeros más del 25% -- del capital social. A nuestro entender, las SA que no hayan modificado tal extremo de sus estatutos, conti--nuan obligadas a respetar el tope de participación anterior, aunque sujetas a las formalidades previstas -- por la ley de 2 de diciembre de 1.963, a tenor de la -- cual se hará constar dichas limitaciones tanto en las escrituras de constitución, Estatutos, y títulos, como en el Registro mercantil, por nota al margen del res--pectivo asiento (vid. art. 86 Rgto. Registro mercantil).

nes (229), porque entendemos que las normas sobre IE son simplemente permisivas, y no cabría interpretarlas en -- otro sentido (230).

B) Sociedades sujetas al régimen general.

La regla general, contenida en los arts. 5º, 1. de la LIE, 5º, 1. y 11º, 1. del RIE, establece que, en principio, la participación extranjera en el capital social de las S.A. españolas podrá alcanzar un porcentaje de hasta el 50% de la cifra total que aquel represente.

Escribía GARCÉS (231), justificando la adopción de éste concreto porcentaje en el D.L. de 27 de julio de 1.959, que "la colisión entre los dos principios contradictorios que inspiran la legislación sobre IE --por un lado, la conveniencia de favorecerlas para obtener con ellas un aumento de la cuota de ahorro y un incremento de la eficacia de las empresas; y, por otro lado, la necesidad de frenarlas para evitar que la economía nacional pueda encontrarse en una situación de dependencia respecto de los extranjeros-- se resuelve en una fórmula de equilibrio consistente en autorizar la participación extranjera dentro de unos determinados límites, los cuales no pueden tener, lógicamente, un carácter absoluto, sino relativo, es decir, que han de obedecer necesariamente a un criterio proporcional". Y de ahí, que el legislador adoptase

(229) Sobre los pactos que limitan la libre transmisión de las acciones, vid. PEDROL RIUS, Sindicación de acciones; Madrid, . Más específicamente relacionado con el tema que nos ocupa, puede verse BROSETA M., - Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones, Madrid, 1.963, págs. 43-44 y 71.

(230) Si la prohibición de transmitir se refiere tan solo a parte de las acciones, representativas del capital social, ésta situación dará lugar a la existencia de dos series de títulos (art. 37, LSA).

(231) Régimen jurídico, cit.; pág. 99.

gales de 1.974.

Esta norma -salvo casos específicos a los que se ha hecho referencia y otros que se citarán posteriormente- es aplicable, tanto a las sociedades de nueva creación -es decir, en las operaciones de IE que impliquen constitución- como a las que lo estuvieren con anterioridad a la IE de que sean objeto. Señalamos ésta idea porque no -- faltan países, cuya legislación distingue en éste supuesto (232).

Es indudable que la regla del 50% puede - llegar a plantear delicados problemas de gestión y administración en la sociedad, pero haber fijado porcentajes inferiores o superiores tampoco habría dejado de suscitarlos, por lo que nos parece acertada la elección efectuada. En - todo caso, se trata de un tema donde los aspectos políticos, sociales y económicos cobran todo su acento e influencia.

Conviene hacer alguna breve referencia so bre ciertas clases de sociedades, cuyas actividades pueden suscitar dudas acerca de su tratamiento legal, en orden a la admisión de porcentajes de participación de capital extranjero.

a) Sociedades dedicadas a la importación de publicaciones editadas en el extranjero. La LIE, al no citar en su Disp. final 1ª expresamente ésta modalidad de sociedades, y aunque -como indica SEBASTIAN DE ERICE (233)-,

(232) Aunque la norma básica mejicana es farragosa y poco - técnica (vid. BARRERA, Inversiones Extranjeras, cit.; pág. 103, nota 1), con lo que su interpretación es - complicada, se distinguen ambos supuestos: para las "empresas" de nueva creación se admite un porcentaje de participación extranjera de hasta el 49% (art. 5º), mientras para las empresas ya establecidas en el país, los límites se fijan en el 25% y 49%, respecto de la participación en el capital social y en los activos fijos de la empresa (art. 8º).

(233) El régimen legal de las IE, cit.; págs. 94-95.

el art. 55 de la Ley de Prensa extiende a ellas las mismas limitaciones que tienen las empresas editoriales (vid. posteriormente), puede entenderse que se rigen por las normas generales en lo referente a la participación de capital extranjero; criterio corroborado por el D. de 31 de marzo de 1.966 (nº 747), que marca diferencias respecto al trato de las agencias informativas (D. de 31 de marzo 1.966, nº 742), las empresas periodísticas (D. de 31 de marzo 1.966, nº 743) y las empresas editoriales (D. de 31 de marzo de 1.966, nº 748).

b) Sociedades bancarias (Disp. final 1ª, -- apdo. h, LIE).

Al analizar el régimen legal de la IE en este tipo de "empresas" es preciso distinguir, para mayor claridad, tres apartados: el primero, referido a la actividad bancaria desarrollada por sociedades españolas constituidas antes del 13 de enero de 1.972; el segundo, que incluye el régimen de las que se crean después de tal fecha, y tercero, que contempla la ejercitada por bancos filiales de otros establecimientos extranjeros en nuestro país.

El último caso citado debe ser objeto de -- atención en otro lugar ya que se trata, en realidad, de -- una modalidad nueva de IE que no puede encuadrarse correctamente en este apartado (nos remitimos a C.2.2.3.).

La segunda, porque a la vista de sus características especiales, estimamos que se debe analizar en -- el apartado C.2.1. de esta misma Sección.

Por ello, aquí se incluyen, solamente, las sociedades citadas en primer lugar: sociedades españolas -- dedicadas a la actividad bancaria constituidas antes de -- 1.972 (234).

(234) ROBLES R., Régimen de IE en Sociedades de inversión mobiliaria y bancarias, en la obra colectiva, Las --

A estos bancos, en principio, les son de aplicación las normas generales sobre porcentajes de IE; y así, ésta puede llegar libremente hasta el 50% del capital social.

c) Sociedades de seguros (Disp. final 1ª, apdo. i, LIE).

Respecto a este tipo de sociedades la doctrina se encuentra dividida, en lo que afecta a su inclusión en la categoría de IE de régimen especial, como lo hacen la LIE y el RIE.

Para algunos autores (235), si se parte de la definición de empresas aseguradoras -contenida en el Reglamento de 2 de febrero de 1.912 (236)-, habría que admitir la posibilidad de que la IE pudiera alcanzar, libremente, la totalidad del capital social. Para otro sector de la doctrina (237), el contenido del precepto citado no implica libertad absoluta para la IE, sino que se contrae a definir cuando una empresa aseguradora será considerada como nacional. Como consecuencia, debe aplicarse a estas sociedades el régimen general establecido por la

(235) Con cierta vacilación, acepta éste criterio CAMARA (Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 749); más rotundamente lo sostienen GARCES (Régimen jurídico, cit.; pag. 124) y BROSETA PONS (Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones; Madrid, 1.963; pág. 31).

(236) Rgtos. de seguros (2 febrero 1.912), art. 2º: tendrán la denominación de nacionales, las sociedades o entidades con domicilio social en España, y que, no siendo filiales o sucursales de otra extranjera, se hallen constituidas con arreglo a las leyes que en España rija la materia, aún cuando su capital o parte del mismo lo posean extranjeros. El Rgto. de seguros ha sido respetado, en su vigencia, por la ley de 16 de diciembre de 1.954.

(237) SEBASTIAN DE FRICE (Régimen legal de las IE, cit.; -pág. 96); CAÑO ESCUDERO (Derecho español de seguros; Madrid, 1.971; págs. 61 y ss.); LUCAS (Contratación en España, cit.; Vol. II, pág. 721).

LIE: libertad de inversión hasta el 50% del capital social. Este criterio ha sido corroborado oficialmente por la Oficina de Información de la Presidencia del Gobierno y por la D.G. de Seguros (238).

d) Sociedades concesionarias de la construcción, conservación y explotación de autopistas o carreteras y sus instalaciones.

Aunque la Disp. final 1ª de la LIE no las menciona, es lo cierto que en la Ley de 22 de diciembre de 1.960 -primera disposición que se ocupa de éste tipo de sociedades- se señalaba que el porcentaje de capital extranjero admisible sería el que, en cada caso, señalase la Presidencia del Gobierno. Posteriormente, la Ley de 10 de mayo de 1.972 relativa al régimen de las autopistas, permite que, prácticamente, la IE no alcance limitación alguna. Pero como en la Disp. final 1ª del texto legal de 1.972 se ordenaba la refundición de ésta ley con la de 1.960, piensa la doctrina (239) que seguía en vigor la exigencia de que las sociedades españolas, si querían conseguir la concesión, no podían tener capital extranjero más que si expresamente lo autorizaba la Presidencia del Gobierno, y dentro del porcentaje por ella señalado.

La vigente Ley de Carreteras (19 diciembre 1.974) deroga la ley de 1.960, por lo que cabe entender -- que éste tipo de sociedades, si son españolas, deberán acomodarse al régimen general de la LIE para cuanto se relaciona con las participaciones extranjeras en su capital social (240).

(238) Vid. CAMARA (Estudios de Derecho mercantil, cit.; -- pág. 749) y GARCES (Régimen jurídico, cit.; pág. 124, nota 1).

(239) CAMARA, Estudios Derecho mercantil, cit.; Vol. I, -- pág. 733.

(240) LUCAS (IE en España, cit.; págs. 61-62) señala que, puesto que la construcción, conservación y explota--

e) Sociedades concesionarias de aprovechamientos de aguas públicas, que no impliquen la prestación de servicios públicos.

Se incluyen en éste grupo a todas las sociedades concesionarias no citadas expresamente en los apartados 2.1.2., A), f), ni en el C.2.1., del texto de nuestro trabajo. Entendemos que, en estos supuestos, se rá de aplicación el régimen general y el tope de participación del 50% (241).

f) Sociedades contratistas de obras, servicios y suministros con el Estado u Organismos autónomos (Disp. final 1ª LIE, apdo. n).

En realidad, y como apunta la generalidad de la doctrina (242), no se entiende claramente la razón por la cual se incluye, en la Disp. final 1ª de la LIE, éste tipo de sociedades, toda vez que en el texto de la Ley de Contratos del Estado (8 abril 1.965) y el Reglamento General (28 diciembre 1.967), no se alude en absoluto a la cuestión relativa a la participación extranjera en las sociedades españolas que contraten con el Estado . Hay que atender, por tanto, que serán de apli-

ción de autopistas entran en el marco genérico del servicio público que el Estado ha de llevar a cabo -- por sí, por otros entes públicos o mediante el esfuerzo privado pero a través de la concesión administrativa, parece más acertado concluir que las sociedades concesionarias de autopistas tienen su régimen de porcentajes en el marco del art. 29,1, de la LIE y 40,1 del RIE, es decir, que éstas sociedades solo tienen liberalizada la IE hasta el 25% del capital social.

(241) Tal seria el caso de las sociedades concesionarias de aguas de naturaleza hidroeléctrica, cuando la -- energía obtenida se utilice tan solo para satisfacer las necesidades o explotaciones industriales del concesionario.

(242) GARCÉS (Régimen jurídico, cit.; pág. 127); CAMARA -- (Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. -- 732); SEBASTIAN DE ERICE (El régimen legal de las IE, cit.; pág. 90).

cación las normas generales contenidas en los textos de 1.974 y, por tanto, el tope de participación exterior - del 50%.

C) Sociedades de régimen especial.

Practicamente en todas las normas que, en cada país, regulan la IE, se encuentran disposiciones - en las que se preceptua la aplicación de regímenes especiales en ciertos sectores de actividad que, por sus peculiares características tanto desde el punto de vista económico, como político y aún social, requieren un tratamiento específico, diferente del de general observancia (243).

En éste sentido, el legislador español no constituye una excepción, y ya desde antes de la ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional se admitieron éstas diferencias de tratamiento legal (244) que, naturalmente, recogen los textos vigentes.

El art. 5º de la LIE ya se refiere a esta - modalidad de IE al aludir "al porcentaje de inversión libre señalada en la legislación específica" (apdo. 1, final), concepto que repiten los arts. 25 de la LIE y 35 del RIE, en los cuales, al regular las competencias del Consejo de Ministros en ésta materia, se le asigna la competencia para "autorizar las IE cualquiera que sea su porcentaje (de participación extranjera) cuando así lo disponga expresa-

(243) Vid.: Ley argentina (art. 4º, 1); ley mejicana (arts. 4º y 5º); Pacto Andino (Decisión 24, Cap. III, arts. 38º y ss.); Chile (Estatuto de la IE, art. 16); Arabia Saudita (D. Nº 35 de 25 de febrero de 1.964), art. 2,a); industria petrolífera); etc.

(244) El R.D. de 13 de junio de 1.916 ya dispuso una restricción en lo referente al capital de las S.A. navieras (25% de IE).

mente la legislación específica aplicable (apdo. 3 de ambos preceptos). Igualmente, la LIE (art. 29,2) y el RIE - (art. 40,2), al regular las IE en actividades específicas (Capítulo IX), establecen la necesidad de autorización administrativa previa para las IE "que pretendan realizarse en empresas de sectores o actividades especialmente reguladas si, como consecuencia de la inversión, la participación extranjera excediera del porcentaje de libre inversión establecido en la legislación específica que le sea aplicable".

Como puede observarse, los propios textos legales de 1.974 se refieren a la existencia de una normativa específica referida, esencialmente, a la modalidad de IE "participantes" y, en consecuencia, plenamente ajustada al objeto de nuestro estudio.

El "régimen especial" se aplicará siempre como norma legal de rango preferente, y solo se tendrán en cuenta las disposiciones contenidas en la LIE y el RIE en su carácter de derecho supletorio (Disp. final 1ª LIE) (245).

Si examinamos con detenimiento la casuística que podría encerrarse en éste epígrafe, referida tanto a las especialidades contenidas en las normas específicas como en los textos de la LIE y el RIE, podríamos identificar algunos pormenores que nos permiten efectuar una clasificación sistemática, distinguiendo los siguientes apartados:

-
- (245) Principalmente se aplicará el régimen general en materia de medios de inversión, inversiones indirectas o de segundo grado, régimen de transferencia de beneficios y de desinversión, declaración de las operaciones de IE y procedimientos para solicitar autorizaciones. El art. 92 de la Ley de Minas, de 21 de julio de 1.973, declara expresamente como supletorias a las disposiciones que regulan las IE en España con carácter general.

C.1.- Sociedades de régimen especial "cualitativo".

Incluimos en éste apartado todas aquellas - sociedades en cuya "composición accionarial" residiese la especialidad, entendido tales términos en un sentido esencialmente "cualitativo"; por ejemplo, las condiciones personales del inversionista extranjero. Sería indiferente, en principio, la participación cuantitativa, porcentual, como criterio de especialidad.

Cabría enunciar, como un ejemplo típico, -- las "sociedades editoriales" (a las que se refiere la Disp. final 1ª,e) de la LIE), en las cuales --a tenor de la ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1.966-- se permite una participación de hasta el 50% del capital social, -- siempre y cuando se trate de personas naturales extranjeras y que pertenezcan a países "de las áreas idiomáticas española y portuguesa" y también e los españoles no-residentes. En otro caso la prohibición de IE es absoluta (art. 50) (246). También podría citarse el caso de las sociedades bancarias a las que se aplica el que denominamos régimen "especial normal" , y que se analizan posteriormente.

C.2.- Sociedades de régimen especial "cuantitativo".

La especialidad reside, en estos casos, en la aplicación de porcentajes de participación extranjera diferentes al de la norma general ya consignada.

Aquí puede distinguirse:

(246) El art. 5º del D. de 31 de marzo de 1.966 (Nº 748), exige que a la instancia por la que se solicite la inscripción de éstas empresas se debe acompañar copia de las escrituras de constitución de las sociedades que sean titulares de acciones de la empresa editorial (inversiones de segundo grado).

C.2.1. Sociedades en cuyo capital se permite la presencia de IE, pero en porcentajes inferiores al 50%.

En la mayoría de los casos se trata de sociedades que desarrollan su actividad en campos que merecen una especial consideración y, en los cuales, aún admitiéndose la posibilidad de participación extranjera, se quiere evitar el riesgo de que surjan contiendas como consecuencia de la posibilidad de que la mitad del capital social pueda pertenecer a extranjeros. Pero otras veces las limitaciones pueden provenir de la existencia de una serie de condiciones que posibilitan la obtención de determinados beneficios. Cabe incluir en éste apartado las siguientes modalidades:

a) Sociedades periodísticas y agencias informativas (Disp. final 1ª, c) y d), LIE).

Aunque, como ya apuntamos, la prohibición para los extranjeros es absoluta (D.L. de 27 de julio de 1.959, art. 2º, ley de Prensa de 18 de marzo de 1.966, art. 17), no sucede lo mismo con los españoles no residentes, a los cuales se permite participar libremente en un porcentaje de hasta el 20% (art. 17).

b) Sociedades dedicadas a la prestación de servicios públicos (art. 29,1. LIE y art. 40,1. RIE).

El art. 2º del D.L. de 27 de julio de 1.959, excluyó de su ámbito éste tipo de "empresas", exceptuando aquellas que el Gobierno acordase incluir por razones de interés general. Interpretando, este criterio, ambiguo y confuso (247), los textos de 1.974 incluyen en su artículo

(247) Para GARCÉS (Régimen jurídico, cit.; pág. 107) una interpretación de los textos derogados, permitía concluir señalando que se trataba de prohibir totalmente la IE en este tipo de sociedades; criterio que resultó corroborado por cuando declara el preámbulo del D. de 17 de marzo de 1.966, relativo al aprovechamiento de aguas (nota 1).

lado este tipo de IE regulándolo en la forma siguiente: se permite libremente la IE siempre que no supere el porcentaje del 25% del capital social (art. 29,1 de la LIE).

En éste apartado se deben incluir las sociedades concesionarias de aprovechamientos de aguas públicas - que impliquen prestación de servicios públicos y que, a su vez, no sean de las que hemos citado en el epígrafe 2.1.2., A), f) del texto (248).

c) Sociedades navieras (Disp. final 1ª, apdo. 1, LIE) (249).

El D. de 10 de febrero de 1.966 concreta que la participación extranjera en el capital de las sociedades navieras podrá alcanzar, libremente, hasta un 40% del importe de aquel (art. 1º).

d) Sociedades que tengan por objeto social la actividad de transporte aéreo.

La Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1.960 establece un límite de IE libre, de hasta el 25% del capital social en las sociedades concesionarias de servicios aéreos regulares y de vuelos llamados "charter" (arts. 74º, 1 y 80º, 1).

e) Sociedades bancarias (Disp. final 1ª, apdo. h, LIE).

Incluimos en éste lugar solamente las empre--

(248) Para SEBASTIAN DE ERICE (El régimen legal de las IE, cit.; pág. 100) incluye en éste apartado las empresas dedicadas a la actividad de "estaciones de servicio expendedoras de gasolina".

(249) Antecedentes en JUSTE, Inversiones de capital extranjero, cit.; pág. 424 y ss.

sas bancarias creadas a partir del año 1.972. En este su puesto, se establecen dos regímenes diferentes: uno, aco modado al D. de 13 enero 1.972 (nº 63), al que podríamos calificar como "régimen especial normal", a tenor del cual, tanto en los bancos comerciales como en los industriales, el porcentaje de participación libre del capital exterior -en el sentido de personas o entidades jurí dicas extranjeras, pero sin afectar a españoles no-residentes- no podrá sobrepasar el 15%. Esta regla fué corroborada por el art. 3º del D. de 9 de agosto de 1.974 -- (nº 2246), limitándose la cualidad de inversionista extranjero a "las personas físicas extranjeras" (apdo. 5). El otro, régimen especial "excepcional", se deduce de la Disp. adicional del mismo Decreto de 1.974, y permite que el Gobierno -a propuesta del Ministerio de Hacienda, en casos especiales en que así convenga al interés nacional- pueda crear bancos en los que el porcentaje de la participación extranjera y su composición "personal" se configure con otros criterios (250).

f) Sociedades mineras (Disp. final 1ª, apdo. f, LIE) (251).

La Ley de Minas, de 21 de julio de 1.973, establece en el apdo. 1º, de su art. 90 que, para que pue dan reconocerse derechos mineros a favor de sociedades, -éstas deben estar constituidas y domiciliadas en España y su capital deberá ser, al menos, en un 51%, propiedad de españoles. De aquí se deduce, por tanto, que la IE solo -podrá alcanzar, libremente, el tope del 49% del capital -social.

(250) Así, se ha creado en 1.975, el Banco Arabe-Español, cuyos accionistas son todas personas jurídicas, y la participación extranjera alcanza el 50% del capital social. Bajo el mismo régimen se ha constituido el día 13 de febrero de 1.979, el Banco Saudita español.

(251) Un estudio pormenorizado del tema puede encontrarse en TORDESILLAS A., El derecho minero y las IE, Madrid, 1.964.

Por cierto que cabe subrayar como, la misma ley de Minas, se preocupa por luchar contra la posibilidad de que éstas sociedades españolas sean controladas por extranjeros, a través del mecanismo de su administración, al considerarlas como extranjeras cuando, de su Consejo de Administración, formen parte súbditos extranjeros en número igual o superior a la mitad de sus miembros (art. 90, 1º).

g) Sociedades dedicadas al refino de petróleo (Disp. final 1ª, apdo. j, LIE).

A tenor del art. 3º del D. de 9 de marzo de 1.968 (nº 418), que regula éste tipo de empresas, la IE en el capital de la sociedad adjudicataria de la refinería, - no podrá superar nunca el 40%. Es más, si la participación extranjera pertenece a sociedades o compañías cuyo participe mayoritario sea un Estado extranjero, se reservará al - I.N.I. una participación del 15% en la sociedad adjudicataria.

Por interpretación conjunta de ésta norma y de las que regulan la actividad de las empresas concesionarias de explotación de hidrocarburos, ha de entenderse que la limitación consignada en el párrafo anterior, se refiere única y exclusivamente a las sociedades cuya actividad se concrete al refino de petróleo destinado al mercado interior.

h) Sociedades concesionarias de aprovechamientos de aguas públicas (Disp. final 1ª, apdo. m, LIE).

Cuando presten un servicio público, no destinado específicamente a los fines consignados en los epígrafes 2.1.2., A), f) y 2.1.2. B) e), del texto, se registrarán por lo establecido en los arts. 29,1 de la LIE y 40,1 del RIE, sujetándose, para la IE libre, al tope del 25% - del capital social.

i) Sociedades consultoras de obras y servicios que contraten su asistencia con el Estado y sus Organismos autónomos.

Este tipo de sociedades pueden considerarse incluidas en el apdo. n, de la Disp. final 1ª de la LIE, y se encuentran reguladas por el D. de 4 de abril de 1.974. No obstante, es el D. de 4 de abril de 1.968 el que nos facilita la adscripción de estas sociedades al grupo presente, porque, al crear el "Registro de Empresas Consultoras y de Ingeniería Industrial" (Ministerio de Industria y Energía), lo divide en dos secciones, la general, y la especial, para empresas españolas. La inscripción en ésta segunda sección precisa que la participación española en el capital de la empresa sea mayoritaria (art. 3º), sin indicar porcentaje alguno. Lo cual implica que, en todo caso, la IE no sobrepase el 49% del capital de la sociedad española.

j) Sociedades dedicadas a la explotación de juegos de suerte, envite o azar y apuestas.

El R.D. de 28 de marzo de 1.977, nº 1026, establece que la IE en éste tipo de sociedades, además de requerir siempre previa autorización administrativa (art. 1º), no podrá superar, en ningún caso, el 25% del capital social (art. 2º), criterio legal reiterado por el Reglamento de Casinos de Juego aprobado por O.M. de 9 enero 1.979 (art. 4º, apdo. f).

k) Entidades de financiación de ventas a plazos, reguladas por el D. de 28 de marzo de 1.977, nº 896.

La participación de capital extranjero en este tipo de Sociedades, se rige por las disposiciones aplicadas a los Bancos industriales -es decir, el 15%, tope del porcentaje libre de IE-, salvo casos excepcionales --

que pudieran ser autorizados por el Consejo de Ministros (art. 3º,3) (252).

1) Sociedades en las que la obtención de ciertos beneficios está condicionada a la exigencia de límites específicos en las participaciones del capital extranjero (253).

Pueden citarse como ejemplos:

- Sociedades gestoras de Fondos de Inversión Mobiliaria que pretendan adquirir títulos cotizados en Bolsas extranjeras (O.M. de 23 de marzo de 1.973). -- Además de una serie de requisitos específicos, se exige que en el capital social no exista una participación extranjera superior al 25% (apdo. 9º, final).

- Empresas turísticas exportadoras que pretenden inscribirse en el Registro Especial (D. de 9 de agosto de 1.974, nº 2525 y O.M. de 27 de septiembre de 1.974). Se les prohíbe el acceso a su inscripción si, -- además de cumplir otros requisitos, la IE es superior al 25% de su capital.

- Empresas que se acojan al seguro de inver

(252) Esta norma solo se aplica a la IE en las Sociedades que se creen después de la entrada en vigor del Decreto nº 896/77, porque las anteriormente constituídas se seguirán rigiendo por las disposiciones que les eran de aplicación (Disp. transitoria 2ª). Y es ta normativa no era otra que la general aplicable a todo tipo de IE. De ahí que en las Sociedades que operaban desde antes del Decreto se admita IE libremente hasta el 50% y autorizada hasta el 100%.

(253) Se trata de actividades que, en principio, están regias por las normas generales de los textos de 1.974 y que, tan solo en el supuesto de querer obtener las ventajas específicas que se les conceden al cumplir determinadas condiciones, deben limitar la IE en los porcentajes que, en tales circunstancias, se les imponen.

siones en el exterior (O.M. de 20 de enero de 1.976). El inversionista asegurado deberá residir en España, tener la nacionalidad española y, cuando se trate de personas jurídicas, la "mayoría" de su capital deberá ser propiedad de españoles.

- Empresas fabricantes de aparatos y equipos electrónicos y sus componentes, de nueva creación, que - deseen gozar de una serie de ventajas que establece el - D. de 20 de julio de 1.974, nº 2593: la participación extranjera no podrá exceder del 49% de la cifra de capital social.

C.2.2.- Sociedades en cuyo capital se permite la presencia de IE, en porcentajes superiores al 50%.

El legislador español ha sido consciente del hecho innegable de que, para atraer el capital exterior, en ocasiones, no cabe mantener la férrea postura de su - admisión en concepto de socio minoritario o, a lo sumo, igualitario, del capital español. Y de ahí que haya pre- visto los cauces adecuados para que, en ciertas condiciones, el capital de las sociedades españolas pueda, en su mayoría o en la totalidad, ser propiedad de inversionis- tas extranjeros.

De aquí que, analizando las normas relativas a IE -generales y especiales- se pueda establecer, en es- te apartado, una doble clasificación en orden a las posi- bilidades que el capital exterior tiene para participar mayoritariamente en el capital de nuestras sociedades: mediante autorización administrativa o sin necesidad de di- cha autorización (254).

(254) En un sentido amplio la autorización administrativa puede definirse como una declaración de voluntad, - con la que un órgano de la Administración pública - permite que otros ejerciten un Derecho o poder pro-

C.2.2.1. Posibilidad de superar los topes de IE libre, mediante la obtención de autorización administrativa.

El lector atento habrá podido observar como en los diferentes supuestos examinados con anterioridad, se ha hecho una expresa y continuada referencia a los porcentajes de "IE libre", porque hemos querido acentuar la diferencia entre estos y los que denominamos, en adelante, como porcentaje de "IE autorizada", ya que el régimen de -- unos y otros, de ordinario semejante, puede también ser diferente en supuestos concretos y determinados.

En algunos casos de porcentajes de "IE autorizada" encontramos que aparecen en nuestro Derecho, salvando las distancias, ciertas características de las que adornaban las que llamabamos "IE paccionadas", porque su admisión requiere un análisis, caso por caso, de los proyectos de inversión, y una autorización expresa -condicionada o no- para su realización efectiva.

En nuestra legislación la autorización administrativa, a los fines indicados, está recogida en el art. - 5º,1, de la LIE y en los arts. 5º,1; 11º,1 y 33º,1, del -- RIE, a tenor de los cuales "las IE requerirán previa autorización administrativa cuando, como consecuencia de la inversión, la participación extranjera exceda del 50% del capital de la sociedad española, o del porcentaje de inver--

pio, previa valoración de la oportunidad de tal ejercicio, en relación al interés específico que el sujeto autorizado debe tutelar (FRANCHINI F., Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati; Milán, 1.957; pág. 10). La autorización implica -como escribe VILLAR (La intervención administrativa, cit.; pág. 307)- un juicio de valor, un contraste y confrontación entre el derecho y objetivo y el interés público singular que se contempla, para cuya tutela se sujeta a necesaria autorización el ejercicio del derecho.

sión libre señalada en la legislación específica".

Ahora bien, estas autorizaciones revisten dos modalidades que se deben destacar, en razón a la importancia que revisten: las autorizaciones especiales y las autorizaciones genéricas.

A) Autorizaciones especiales.

Practicamente todos los topes porcentuales de la IE, citados en las páginas anteriores, pueden ser elevados -con algunas muy concretas excepciones (255)- mediante la oportuna autorización administrativa acordada por el Consejo de Ministros (arts.25, apdos. 1, 2, 3 y 7 de la LIE).

La discrecionalidad para la concesión o el rechazo de una autorización especial es, practicamente, absoluta por parte de la Administración, toda vez que -como pone de relieve GARCES- no han indicado nunca los textos legales (ni los actuales ni los anteriores) cuales han de ser los criterios en los que se ha de basar la concesión o la denegación de la autorización solicitada (256), lo que, de

(255) Así, es absoluto el tope de IE libre en el caso de las Sociedades bancarias de tipo industrial, creadas antes de 1.972, cuando la participación extranjera esté en manos de otros bancos, porque ésta participación no puede, en ningún caso, exceder del -- 50%; según se deduce del art. 3º del D.L. de 29 de noviembre de 1.962 y el art. 3º de la O.M. 21 de mayo de 1.963. Igual sucede respecto al tipo de IE autorizada, con las sociedades que se dediquen a la explotación de juegos de suerte, envite o azar y -- apuestas (R.D. de 28 marzo 1.977, nº 1026; art. 2º).

(256) Señala este autor (Régimen jurídico, cit.; págs. 78 y 79) que "a través de los numerosos casos resueltos por la Administración desde el año 1.959, es posible, sin embargo, vislumbrar algunos criterios básicos, como son una actitud marcadamente negativa frente a empresas inmobiliarias y comerciales, y una acusada preferencia por las inversiones que se realizan a través de una aportación a la empresa o Sociedad de que se trate (suscripción de acciones) frente a aquellas que se canalizan a través de la compra de acciones o participaciones y que no llevan consigo, por tanto, ninguna aportación a la empresa. Puede mencio

narse, por otra parte, que el Ministro de Comercio, en un acto celebrado el mismo día en que fueron publicados los textos actualmente vigentes sobre inversiones extranjeras (6 de noviembre de 1.974), manifestó que la política de selectividad había de basarse en criterios objetivos referidos a dimensión, tecnología, financiación, capacidad exportadora, y localización. En cuanto al primer punto, se refirió el Ministro al deseo de la Administración de que la inversión mayoritaria extranjera tenga una dimensión adecuada y no agrave el problema de dimensiones insuficientes existente en algunos sectores; por lo que se refiere a tecnología, la preferencia ha de producirse hacia aquellos sectores de tecnología más avanzada en los que la inversión extranjera puede impulsar nuevos métodos o productos; la alusión a los aspectos de financiación se refería a la conveniencia de que la empresa tenga una estructura de capital -- adecuada en el doble aspecto de relación entre recursos propios y ajenos y relación entre recursos exteriores e interiores; el tema de la capacidad exportadora de la empresa es indudablemente el que presenta un mayor interés para la Administración española, no solamente por las repercusiones beneficiosas en la balanza de pagos sino también, según declaró el Ministro de Comercio, por ser "garantía de que la nueva empresa es competitiva a escala internacional y no viene a refugiarse en algún rincón, más o menos protegido, de nuestra economía"; y desde el punto de vista de su localización, la preferencia de la Administración será para aquellas inversiones que contri-
buyan a eliminar progresivamente las desigualdades regionales. Es digno de mencionarse, por su carácter excepcional, que en un único caso, que es el de la industria farmacéutica, han sido oficialmente señalados por la Administración los requisitos cuya concurrencia es indispensable para que sea permitido a los capitales extranjeros superar el límite normal del 50 por 100. Según la Orden de 28 de octubre de 1.967, en las solicitudes dirigidas a la Administración para la realización de inversiones mayoritarias en empresas farmacéuticas es preciso incluir declaración expresa sobre el compromiso del solicitante de dar cumplimiento a todas o algunas de las condiciones siguientes: a) Exportación de un determinado porcentaje del valor en venta de la producción que ha de ser obtenida por la empresa que se trate de crear, ampliar o modernizar. b) Inversión de un porcentaje fijo sobre la facturación anual de la empresa en la realización de labores de investigación, bien por la propia empresa de que se trate, o mediante aportación de los fondos a entidades españolas de investigación, privadas o estatales. c) Utilización, en un determinado porcentaje "ad valorem", de materias primas o principios activos (incluidos envases, embalajes, etc.) -- fabricados en España por la propia empresa en la que haya de producirse la inversión mayoritaria de capital extranjero o por otras empresas radicadas en el país. Corresponde al propio solicitante determinar los porcentajes aplicables a los compromisos que esté dispuesto a asumir respecto a los tres temas indi-

rio, de recurrir contra el acuerdo recaído.

Del contenido de los apdos. 5º del art. 5 y 5º del art. 25 de la LIE (arts. 5º, 2 y 33, 5º del RIE) se de duce claramente la necesidad de obtener, de nuevo, autori zación, en cada momento, de IE. De aquí que no pueda pensar

cados, si bien los porcentajes que señale pueden ser aceptados por el Ministerio de Industria o dar lugar, dentro de un plazo de quince días, a una contraoferta motivada, que habrá de ser admitida o rechazada por el solicitante en otro plazo de quince días. Las contraofertas formuladas por el Ministerio de Industria no podrán exceder, sin embargo, del 20 por 100, en lo que se refiere a exportación, del 7 por 100, en cuanto a labores de investigación, y del 70 por 100, respecto a utilización de materias primas o prin cipios activos de fabricación española. En caso de que se conceda la autorización para la inversión extranjera mayoritaria, lo que implica que se ha llega do a un acuerdo con la Administración respecto a los compromisos que sobre todos o algunos de los tres temas comentados han de ser asumidos por la empresa de que se trate, tendrá lugar un control continuado sobre el cumplimiento de tales compromisos, y a tal efecto habrá de ser periódicamente presentada por la empresa una relación detallada de las exportaciones realizadas (con indicación de países de destino y con referencia a los documentos de exportación acreditativos de que las operaciones han sido efectivamente realizadas), o una Memoria explicativa y demos trativa de la labor de investigación llevada a cabo, o una relación valorada de las materias primas o prin cipios activos de fabricación española utilizados. Está expresamente admitido por la Orden de 28 de octubre de 1.967 que los compromisos relativos a expor tación no se alcancen en un año o en dos años consecutivos, siempre que el déficit se recupere en un pe riodo máximo de tres años a contar desde el 1º de ene nero del primer año deficitario. Las justificaciones sobre exportación han de ser presentadas dos veces - al año (antes de 1 de noviembre y de 1 de mayo), mien tras que las relativas a labores de investigación y a utilización de ingredientes de fabricación española han de presentarse una sola vez al año (antes de 1 de mayo y de 1 de marzo respectivamente). El incum plimiento por la empresa de cualquiera de los compro misos contraídos puede dar lugar a que se apliquen las sanciones previstas en el capítulo VI del Decreto de 22 de julio de 1.967, que consisten en multas por importe de hasta quinientas mil pesetas, y, en casos de excepcional gravedad, y por acuerdo del Con sejo de Ministros, de hasta cinco millones de pesetas. De todas formas, a nuestro entender, en casos concre tos, se produce alguna declaración legal que, en cier ta forma, establece pautas para la revolu ción de la peti ción. Nos remitimos al apartado C.2.2.3. de esta misma Sección.

se en que, una vez "traspasada" la barrera general del 50% -o en su caso, las específicas contenidas en la normativa especial- existe plena libertad para incrementar la participación extranjera hasta donde se estime conveniente.

La temática relativa a estas autorizaciones - especiales, y la calificación legal que caracteriza a las IE así efectuadas, serán objeto de atención en la Sección III de éste mismo Capítulo, al examinar los aspectos formales de las operaciones de IE.

B) Autorizaciones genéricas.

Los artículos sextos, de la LIE y el RIE, así como el apdo. 4 de los arts. 25 y 33, de los mismos textos legales, respectivamente, contemplan la posibilidad de que el Consejo de Ministros autorice "con carácter general las IE, por encima del límite del 50% en las sociedades que se dediquen a determinados tipos de actividad".

Recogen así, las vigentes disposiciones fundamentales sobre IE, una modalidad de "liberalización" de éstas que inauguró el célebre D. de 18 de abril de 1.963, nº 701, con el cual, por vez primera en nuestra historia le--gislativa, se introduce la concesión de una autorización - genérica para que el capital exterior pueda sobrepasar el porcentaje de IE libre, sin necesidad de incoar procedimiento especial de clase alguna. El sistema introducido por ésta disposición consistía en determinar una serie de sectores (257) en los cuales se permitía, dentro de ciertas con

(257) Los sectores económicos eran los siguientes (art. 1º, I): Siderurgia e industrias de los metales no férri--cos; cemento; prefabricados de la construcción en general; textil; alimentación; curtidos y calzados; artes gráficas; construcción de máquinas-herramientas; construcción de maquinaria textil, química, eléctrica y agrícola; ácidos, bases, sales inorgánicas y --electroquímica; productos derivados de resinas natu--rales; resinas sintéticas y materias plásticas; electrónica; industria del frío; industrias auxiliares -

diciones (258), que la participación del capital extranjero en el de las sociedades españolas pudiese llegar a alcanzar el porcentaje del 100 por 100. Este Decreto fué derogado por el dictado en 11 de octubre de 1.973, nº -- 2495 (259), que justifica la decisión legislativa tanto -- en consideraciones de carácter estructural --cuyas muta-- ciones en el plazo transcurrido fueron, ciertamente, im-- portantes-- como en la aparición de problemas que no exis-- tían en 1.963, en especial la necesidad de una mayor aten-- ción y vigilancia administrativa a los casos de toma de -- control de una Sociedad por el capital extranjero.

Las autorizaciones genéricas plantean, -- principalmente dos clases de cuestiones: la primera, res-- pecto a los límites objetivos que enmarcan la autoriza-- ción, y la segunda, un problema de derecho transitorio -- para el caso --como ha sucedido con el D. de abril de -- 1.963, en nuestro país-- de que, en cierto momento, cese la vigencia de las normas en que se contemplaba la posi-- bilidad a que nos referimos. Ambos puntos merecen ser exa-- minados por separado.

B.1. La cuestión de los límites objeti-- vos de las autorizaciones genéricas.

Hemos anotado que las autorizaciones ge-- néricas se conceden a Sociedades que desarrollan sus ac--

para la agricultura; manipulación, conservación e in-- dustrialización de productos agrícolas, pecuarios y forestales; industrias para alimentación del ganado; construcción, ampliación y explotación de hoteles.

(258) El art. 1º, I, del Decreto se refería solamente a -- los casos de participación en el capital de las so-- ciedades españolas por la suscripción en los casos -- de creación o ampliación, excluyendo --en consecuen-- cia-- los de adquisición por compra de acciones pre-- viamente circulantes.

(259) Este D. de 11 de octubre de 1.973, nº 2495, ha sido derogado en virtud de lo dispuesto en el D. de 19 ju-- nio de 1.975, nº 1497, apdo. 1.1.

tividades en determinados sectores económicos, lo que se traduce en considerar que la índole de aquellas constituye un factor esencial para poder acogerse a tal régimen legal (260). Se plantea, por tanto, una cuestión de interpretación del "objeto social" como criterio delimitador en la aplicación de la ley.

De ordinario cabe admitir, en éste punto, las tres siguientes conclusiones: a) que la realización conjunta de actividades autorizadas y de otras de régimen común, implica la pérdida de los derechos que -- otorga el acogerse al régimen de autorización general; -- b) que la realización de actividades conexas, accesorias o complementarias de la actividad principal, no debe acarrear la pérdida de los derechos que confiere el régimen de autorización general (261); y c) que, cuando así se imponga, la interpretación del objeto social ha de efectuarse en concurrencia armónica con el resto de las condiciones legales que sean, igualmente, de aplicación al caso concreto de que se trate.

Este aspecto objetivo puede estar delimitado, bien en forma positiva, es decir, señalando expresamente las actividades a las que se concede autorización genérica (vgr.: el D. de 18 de abril de 1.963 o el D. de 31 de octubre de 1.974, nº 3023), o negativamente, estableciendo los supuestos en que no podrá ser aplicado --

(260) Pueden identificarse --según los casos-- otros factores objetivos de delimitación, tales como la cifra de capital social, la operación a realizar (creación de empresas, ampliación de capital, etc.), operaciones -- que vayan a acometerse (vgr.: aportación), puestos de trabajo que se crearán, naturaleza de las aportaciones a realizar, etc. (Vid. como ejemplo, el R.D. 26 noviembre 1.976, nº 3099).

(261) LUCAS (La Contratación en España, cit.; Vol. II, pág. 713); CAMARA (Estudios de Derecho mercantil, cit.; -- Vol. I, pág. 734, nota 236).

el régimen especial (vgr.: el R.D. de 26 de noviembre de 1.976. nº 3099).

B.2. Cuestiones de derecho transitorio.

Si, por aplicación de la norma contenida en el apdo. 3 del art. 2º del C.c. ("las leyes no tendrán - efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario"), en principio, se respetan las situaciones surgidas al amparo de las disposiciones derogadas (262), menos claridad plantea la problemática relativa a si la autorización genérica, utilizada en su momento, continua desplegando la totalidad de sus efectos una vez que haya sido derogada, respecto de las sociedades que se sirvieron de ella (263).

En relación a esta segunda cuestión, cree--mos que es difícil obtener una respuesta contundente en un sentido concreto. Remitiéndonos al supuesto práctico planteado por la derogación del D. de 18 de abril de 1.963, encontramos opiniones dispares. Mientras que la Administración, y algún autor, adoptan la respuesta negativa, estimando que las sociedades que, en su momento oportuno, hicieron uso de la autorización genérica, no pueden continuar en el futuro intentando hacer valer un derecho -- formalmente derogado (264), otra parte de la doctrina op

(262) Con relación a las situaciones creadas al amparo del D. de 18 de abril de 1.963, la Disp. transitoria del D. de 11 de octubre de 1.973 establece que "las in--versiones formalmente concertadas en documento público sobre las cuales se haya elevado consulta a la antigua Junta Rectora de la OCYPE o a la Junta de IE -- con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de -- éste Decreto seguirán el régimen anterior".

(263) Sería el caso de una sociedad a la que, en razón de la autorización genérica se le hubiese permitido un porcentaje de IE superior al normal, y que, basada -- en esta circunstancia, pretendiese perpetuar ésta posibilidad indefinidamente, sin necesidad de solicitar nuevas autorizaciones para ello.

(264) La D.G.T.E. dirigió una Comunicación a la D.G. de los Registros y del Notariado, de la cual se dió traslado a los Decanos de los Colegios Notariales y al Decano

ta por la contraria, escribiendo GARCES (265) que la situación creada por el criterio adoptado por la Administración "es difícilmente aceptable desde un punto de vista técnico-jurídico, ya que al suscribir las acciones representativas de cualquier aumento de capital, los socios extranjeros no estarían haciendo otra cosa sino ejercitar uno de los derechos esenciales que la LSA (arts. 39 y 92) reconoce a los accionistas: el de suscribir, con preferencia a cualquier otra persona, una parte proporcional de las acciones emitidas con motivo de cualquier aumento de capital social. Por otra parte, es realmente lamentable (y muy perjudicial, si se trata de mantener, según reiteradas declara-

del Colegio Nacional de Registradores, mediante una Circular -28 de diciembre de 1.973- que se expresaba en los términos siguientes: "El Decreto 2495/73 de 11 de octubre (B.O.E. nº 245 de 12 de octubre) por el -- que se deroga el de 18 de abril de 1.963, que liberalizaba las inversiones de capital extranjero en ciertos sectores, establece en su Disposición Transitoria que "las inversiones formalmente concertadas en documento público sobre las cuales se haya elevado consulta a la antigua Junta Rectora de la O.C.Y.P.E. o a la Junta de Inversiones Exteriores con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este Decreto seguirán el régimen anterior". "La interpretación que este Departamento estima más adecuada es la literal no extensiva, es decir, que las únicas inversiones que a partir de la publicación del Decreto referido pueden seguir el régimen anterior, serán las que antes del día 12 de octubre de 1.973, fecha de entrada en vigor del mismo, hayan sido "formalmente concertadas en documento público o sobre las cuales se haya elevado consulta a la antigua Junta Rectora de la O.C.Y.P.E. o a la Junta de Inversiones Exteriores". "Se subraya la palabra inversiones porque toda ampliación de capital debe ser entendida como una nueva inversión, y son precisamente las nuevas inversiones las que se pretende controlar de conformidad con la normativa vigente". "No debería, pues, interpretarse la disposición transitoria mencionada en el sentido de extender la vigencia del régimen anterior al Decreto de 11 de octubre de 1.973 a todas las inversiones actuales y futuras de las sociedades constituidas al amparo del Decreto de 18 de abril de 1.963". "Como se vienen produciendo consultas al respecto y como la interpretación que pudieran dar los señores Notarios y Registradores es de gran importancia, pues podría, de hecho, desvirtuar la intención del legislador, me permito sugerir a V.I. la posibilidad y conveniencia de dictar una aclaración que salvo mejor criterio de V.I. podría tener la forma de una Circular de esa Dirección General".

ciones oficiales, una política de atracción de capitales extranjeros) que unas sociedades creadas al amparo de -- una legislación más liberal, se encuentren después en -- una situación de total dependencia respecto a la Administración, que puede bloquear su desarrollo mediante no autorizar aumentos de capital".

A nuestro entender, viendo atinadas -- las observaciones de GARCES, no puede dejar de reconocer se que la solución adoptada por la Administración es coherente con la línea legal implantada en éste punto, a -- tenor de la cual, el control de la IE es condición de -- primer orden para la admisión del capital exterior (criterio político-económico); y el propio C.c. declara expresamente que la "ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo" (art. 7º, 2). Por ello, sin desconocer los riesgos que apunta una solución basada en tales premisas legales, estimamos que, razonablemente, debe admitirse la respuesta negativa a la cuestión propuesta, salvo que en la propia disposición especial -- se especifique claramente lo contrario (tal y como sucedía en el D. de 18 de abril de 1.968 y sucede en el D. -- de 31 de octubre de 1.974, nº 3023, art. 3º).

B.3. Las autorizaciones genéricas vigentes en la actualidad, en nuestro país.

Derogado en 1.973 el D. de 18 de abril de 1.963, en la actualidad cabe citar dos disposiciones -- en las que hasta la fecha se refleja practicamente el contenido del art. 6º de la LIE (art. 6º, RIE): el D. de 31 de octubre de 1.974, nº 3023, y el R.D. de 26 de noviembre de 1.976, nº 3099.

B.3.1. Decreto de 31 de octubre de 1.974, nº 3023 (266).

(266) Su vigencia está confirmada por el art. 9º del R.D. de 26 de noviembre de 1.976, nº 3099, a tenor del --

Con la misma fecha y al propio tiempo que se publicaron la LIE y el RIE, el B.O.E. del 6 de noviembre de

cual "sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, queda vigente el Decreto de 31 de octubre de 1.974, por el que se eximen de autorización previa las IE mayoritarias en determinadas actividades". Como señala LUCAS (Una nueva ordenanza sobre IE en España; Madrid, 1.977; pág. 52) el art. 9º del R.D. de 1.976 pretende resolver las dudas que podrían plantearse acerca de su vigencia, pero lo hace en forma desafortunada. Es un "sí, pero". Se declara vigente, pero "sin perjudicado de lo dispuesto en el presente Decreto". Y ahí está el problema. ¿En qué medida afecta el Real Decreto al de 31 de octubre de 1.974? Cabe adoptar varias posturas: 1. Entender que se reconocen como sectores en los que se autorizan las inversiones directas de capital extranjero, además de los comprendidos en el párrafo 1º del artículo 1º del Real Decreto, los comprendidos en el D. de 31 de octubre de 1.974, pero debiéndose cumplir los requisitos y la tramitación prevenidos en el R.D. aún cuando se trate de inversiones acogidas al de 31 de octubre de 1.974. Pero esta interpretación debe rechazarse, porque haría inútil el precepto del art. 9º del R.D., puesto que conforme a este R.D. ya resultaría autorizada la inversión de capital extranjero al 100 por 100 toda vez que, aun siendo difícil pronunciarse sobre este punto, parece que las industrias para la fabricación de bienes de equipo no se hallan comprendidas en el Grupo primero. 2. Que se respeta la integridad del Decreto de 31 de octubre de 1.974, salvo en cuanto a la tramitación, debiendo entenderse que las reglas del art. 2º del Decreto de 1.974 quedan sustituidas por las más dilatorias del art. 5º del R.D. No parece que sea esto lo querido por la norma dado lo dispuesto en el número dos del art. 5º que excluye de la tramitación prevista a las inversiones distintas a las que contemplan los artículos precedentes, para remitirlas ciertamente a las normas del art. 37 del R.I.E., pero debiendo entenderlas con las salvedades pertinentes como la del Decreto de 31 de octubre de 1.974. 3. Que es aplicable en su integridad al Decreto de 31 de octubre de 1.974 salvo en las materias que, no reguladas en el mismo, puedan ser complementadas por el R.D. Por ejemplo, el medio de prueba del silencio administrativo a que se refiere el art. 5º del R.D. 4. Que la expresión "sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto" no tiene alcance práctico ni doctrinal. Se trata de una incorrecta manera de querer decir que aunque se reconozca la vigencia del D. de 31 de octubre de 1.974 en ningún modo puede afectar a las normas del R.D. Expresión, por tanto, inútil, que sólo puede servir para torturar al intérprete. Quizá la solución 4ª sea la más acertada lo que no obsta para que las normas del R.D. puedan colmar lagunas como la relativa a la prueba del silencio administrativo.

Vid. MARQUEZ A., La liberalización de IE en la fabricación de bienes de equipo, en la obra Empresas Multinacionales y derecho español, cit.; págs. 232 y ss.

1.974, incluía el texto de un Decreto "por el que se eximen de autorización previa las IE mayoritarias en determinnadas actividades". El fundamento económico de ésta norma, se justifica en "el interés que en este momento tiene parra la economía española la disposición de los mayores flujos posibles de capital extranjero con vistas a mantener la tasa de desarrollo definida por el Gobierno" (preámbulo del Decreto).

A tenor de los arts. 1º y 5º de ésta disposición, los inversionistas extranjeros podrán invertir, - sin limitación en cuanto al porcentaje de participación, en la creación o su posterior ampliación de Sociedades -- nuevas cuyo objeto social sea, única y exclusivamente, la fabricación en España de uno o varios de los bienes de -- equipo comprendidos en la Lista apéndice del Arancel de -- Aduanas, salvo que expresamente se haya determinado lo -- contrario en el momento de la inclusión (267).

Esta norma especial, cuyos términos han sido criticados por la doctrina (268), no ha producido en -- la práctica los resultados que sus autores se propusieron,

(267) Esta Lista-Apendice del Arancel de Aduanas fué creada por el D. de 20 de septiembre de 1.965, nº 2790, y su función no es otra que la de aplicar tarifas - arancelarias reducidas o la importación de bienes - de equipo que no se fabrican en nuestro país. Las - inclusiones en ésta lista tienen, por lo general, - un periodo de vigencia de dos años, salvo prórroga expresa.

(268) Las críticas principales que la doctrina efectua -- con respecto al D. nº 3023/1.974, se refieren a los puntos siguientes:

a) Art. 1º: menciona unicamente como medio de pago utilizable, en las IE acogidas a esta norma, "moneda extranjera, admitida a cotización en el mercado español de divisas". Ha de entenderse, sin embargo, que también pueden ser aplicadas las pesetas convertibles (saldos de las "cuentas extranjeras en pesetas convertibles" o cuentas B), ya que no tendría sentido exigir que tales pesetas fueran previamente convertidas en divisas, que - serían luego retransferidas a España para apli--car su contravalor en pesetas a la realización - de estas inversiones (GARCES, Régimen jurídico,

sin duda porque el contenido de la pretendida liberalización está, de hecho, bastante recortado.

B.3.2. R.D. de 26 de noviembre de 1.976, -
nº 3099.

Indudablemente, la publicación del R.D. nº

- cit.; pág. 85).
- b) Arts. 1º y 3º: Las IE que se efectuen al amparo de este Decreto han de destinarse a la creación de nuevas sociedades y a sus posteriores ampliaciones de capital. De ésta forma han de estimarse excluídas de su ámbito las IE efectuadas mediante la compra de valores mobiliarios previamente circulantes, tanto IE directas como IEC.
 - c) Art. 2º,1: respecto a la obligación de remitir a la DGTE una transcripción del objeto social de la empresa, a fin de que por dicho Centro directivo se verifique la inclusión o no del mismo en los sectores económicos liberalizados, entiende la doctrina que es superflua y entorpecedora -y solo justificada por las constantes variaciones que sufre la Lista-Apéndice del Arancel- (LUCAS, Contratación en España, cit.; Vol. II, pág. 716), y que, en todo caso, al tratarse de una actuación reglada de la Administración, cabe recurso contra el acuerdo recaído, viendo además válida la constitución de la Sociedad aunque se cumpla tal obligación, siempre que el objeto social sea subsumible en alguna de las actividades liberalizadas por el Decreto al tiempo de la constitución (CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 734, nota 236).
 - d) Art. 2º,2: respecto a la previsión de que el capital aportado sea adecuado al desarrollo del objeto social, entiende la doctrina que se trata de un requisito cuyo incumplimiento (de difícil cuando no imposible instalación en la mayor parte de los casos) no apareja ninguna consecuencia; y a lo sumo podrá asimilarse a una "condición" de la autorización al efecto de aplicar el art. 9º,2 del RIE, si la Administración estimara que la Sociedad se ha constituido con un capital manifiestamente insuficiente (CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 734, nota 236).
 - e) Con respecto a los sectores liberalizados y su conexión en el objeto social de la Sociedad, se aplican los siguientes criterios: 1) el objeto es excluyente, de tal forma que no pueden realizarse otras actividades no acogidas a las de sectores liberalizados; 2) que cabe desarrollar actividades accesorias, complementarias o conectadas con la principal (vgr.: distribución, transporte, venta, fabricación de envases, etc.); 3) el desarrollo de cualquier otra actividad, produce la caducidad de la autorización y la pérdida automática de los beneficios concedidos, así como el nacimiento de responsabilidades, si a ello hubiere lugar (art. 4º).

régimen general de las IE en nuestro país, viniendo a transformar, nos atreveríamos a decir, lo que se entendía por - "régimen normal" para posibilitar la participación mayoritaria del capital exterior (la autorización específica), - en el régimen excepcional, y viceversa, transformando el - criterio de las "autorizaciones genéricas" en el usual, -- frente a las "autorizaciones específicas". Tal es la importancia que cabe atribuir a ésta norma legal, dictada -como reconoce su Preámbulo- con diferentes finalidades, tanto - de orden estrictamente económico (reforzar la tasa de inversión; contribución a la revolución de los problemas de la balanza de pagos; alentar un aumento de los flujos de capital sin que ello perjudique los intereses de la industria nacional), como de carácter marcadamente social (absorber la mayor cantidad posible de mano de obra, contribuyendo a resolver los problemas de empleo).

Aunque la norma se dicta con estas plausibles finalidades, "la complejidad de las disposiciones que la desarrollan, y su propia falta de claridad, no consienten aventurar un pronóstico demasiado optimista en orden al logro de los objetivos que el Decreto se propone conseguir" (269).

Para un mejor análisis del R.D. nº 3099/76, procedemos a sistematizar su contenido en la forma siguiente

(269) CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I., pág. 735. De la glosa de ésta disposición creemos que tan solo se han ocupado, además de éste autor, LUCAS en su monografía titulada Una nueva ordenanza, ya citada (en la que comparte los negativos presagios de CAMARA respecto a la efectividad práctica de la disposición; pág. 4), y ALVAREZ y EGUIDAZU, en su obra Control de cambios, cit.; tomo I, págs. 657 y ss., en la que recogen el texto de un artículo suyo publicado en la Rev. Información Comercial Española, nº 1559, febrero de 1.977; págs. 428 y ss.: Comentarios al nuevo Decreto sobre IE en España.

te:

a) Principio general.

El R.D. comienza por establecer una autorización general que posibilita la participación mayoritaria del capital extranjero, por encima del límite fijado en el art. 5º de la LIE (es decir, el 50% a los especiales señalados en la legislación específica ya citada), condicionada al cumplimiento de los requisitos objetivos y obligaciones que en el texto se indican, y que responden a la necesidad de establecer "la oportuna garantía para los intereses de la economía española". (como reconoce, igualmente, en su Preámbulo).

b) Sectores económicos a que afecta el principio general liberalizador de la IE.

El R.D. adopta, a diferencia de lo establecido en el D. de 1.963 y en el de 1.974, un criterio de "exclusión" para señalar los sectores liberalizados, toda vez que expresamente indica que "se autorizan con carácter general las IED ... exceptuados aquellos sectores" en los que concurren ciertas circunstancias (art. 1º, 1 y art. 3º, 1). De ahí que, curiosamente, deban señalarse los sectores económicos "no liberalizados" como pauta delimitadora para "todos los demás, liberalizados".

Y en este sentido, "no se hallan liberalizadas" las IE en los casos siguientes:

1 - IE en sectores en los que sea precisa previa autorización administrativa de instalación (art. 1º, 1, párrafo primero) (270).

(270) Sobre las cuestiones que plantea la interpretación del contenido de ésta norma, nos remitimos a LUCAS - (Una nueva Ordenanza, cit.; págs. 4-27) y a CAMARA - (Estudios de Derecho mercantil, cit.; págs. 735-738).

2 - IE que se realicen en empresas cuyas actividades estén directamente relacionadas con la defensa nacional (art. 8º, 2).

3 - IE que se realicen en empresas cuyas actividades se concreten en la prestación de servicios públicos (art. 8º, 2).

4 - IE que se realicen en cualquiera de los sectores mencionados en la Disp. final 1ª del RIE, o sectores de régimen especial (art. 8º, 3).

En el "resto" de las actividades económicas, la IE se halla liberalizada por el R.D. de 1.976.

Ahora bien, cabría plantearse la duda respecto a si, en los sectores liberalizados, hay que considerar incluídas tanto a las empresas industriales como a las comerciales. Del contenido de los arts. 1º, 2, b), segundo párrafo, y art. 2º, parece deducirse que tan solo a las actividades de carácter industrial se refiere el precepto, criterio éste corroborado por las normas de aplicación en los supuestos de autorización administrativa para la instalación de industrias (D. de 22 de julio de 1.967; R.D. de 25 de febrero de 1.977) y aceptado, en general, por la doctrina (271).

c) Modalidades que debe revestir la IE en los sectores liberalizados.

El articulado del R.D. no es en éste punto, como en tantos otros, lo claro que sería de desear, porque, por una parte (art. 1º, 1) se refiere a "las inver-

(271) LUCAS (Una nueva Ordenanza, cit.; pág. 21); CAMARA - (Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 737).

siones directas de capital extranjero (IED), por otro lado (art. 3º), autoriza "las inversiones directas de capital extranjero que ... se realicen ... mediante la suscripción de acciones en la ampliación de capital de sociedades españolas, o mediante la adquisición de acciones y simultánea suscripción", y, por último, establece en su art. 8º, 1, que el ámbito de su aplicación se limita a las IE que se realicen de acuerdo con lo previsto en el Cap. II de la LIE, que se refiere únicamente a las IED.

Por interpretación literal de los textos -- transcritos, ALVAREZ y EGUIDAZU (272), sin plantearse el tema con profundidad, se limitan a señalar que el R.D. se refiere solamente a las IED quedando, consiguientemente, excluidas de su aplicación las IEC. Pero CAMARA, con mayor agudeza, se plantea la duda de que tal afirmación pueda admitirse sin más, señalando que no cabe excluir del todo la posibilidad de que las IEC estén contempladas por el R.D. de 1.976, punto de vista que compartimos. Se refiere, el autor citado, al supuesto de IE realizada a través de un aumento de capital, y parte del hecho de que la DGTE, en su famosa Circ. nº 4, de 20 de diciembre de 1.974, restringe el concepto de la IEC que se deduce de la LIE y el RIE, al considerar como una modalidad de IED las participaciones en el capital de una Sociedad española que, estando representado por acciones admitidas a cotización -- oficial en la Bolsa, se hubiesen llevado a cabo "fuera de la Bolsa y a cambios distintos de los practicados en ella" (Instrucción 7ª, 1, b) (273).

(272) Control de cambios, cit.; Tomo I, pág. 658.

(273) Que las acciones de una sociedad se coticen en Bolsa no quiere decir, obviamente, que todas sus acciones estén en poder de accionistas desconocidos. Cabe, por ejemplo, que en una tal sociedad un paquete accionario igual al cincuenta por ciento esté en poder de un grupo extranjero, y otro equivalente al diez pertenezca a una sociedad española. Si la sociedad acuerda un aumento de capital que cumpla las exigencias del artículo -- tercero del RIE, y los accionistas detentadores del -- diez por ciento venden al grupo extranjero sus acciones, fuera de la Bolsa y a un cambio distinto del bursátil, suscribiendo los compradores, a renglón seguido, las nuevas acciones que les correspondan, no parece que el supuesto esté fuera de la previsión del Decreto. (CAMARA Estudios de Derecho mercantil cit. Vol. I pág.

d) Requisitos exigidos para que la IE pue
da acogerse a la autorización general.

En base a los arts. 1º y 3º del R.D. se -
puede establecer un doble sistema de requisitos exigibles,
según la forma en que se pretenda realizar la IE. Así:

1º) En los casos de constitución de Socie
dades (art. 1º, R.D.). Se requiere la concurrencia de los
siguientes requisitos:

- que la IE se realice con aportación de
los medios de pago exteriores a que se refiere el art. 2º,
1 del RIE (art. 1º, 1, 1º) (274);

- que el capital social desembolsado en el
momento de la constitución no sea inferior a 100 millones
de pesetas (art. 1º, 1, 2º) (275), o, alternativamente, -

(274) A tenor de la O.M. de 25 de marzo de 1.977, por la -
que se desarrolla el R.D. nº 3099/76, las modalida--
des de aportación extranjera se refiere a divisas, -
equipo capital para el funcionamiento de la empresa,
pesetas transferibles, pesetas convertibles, asisten
cia técnica, patentes y licencias de fabricación.

(275) Por una parte, como consecuencia de éste límite míni
mo de capital, hay que considerar que, de hecho, el
R.D. de 1.976 será aplicable únicamente a las Socie
dades Anónimas, toda vez que las SRL y las SA coman
ditarias no admiten un capital superior a los 50 mi
llones de pesetas. Por otro lado, ha sido objeto de
diversa interpretación el concepto en que ha de enten
derse la exigencia de tal límite. Para ALVAREZ y AGUI
DAZU (Control de cambios, cit.; tomo I, pág. 659) el
tenor literal de la norma no deja lugar a dudas: se
trata de la cifra mínima de capital social desembol
sado, e incluye tanto la participación española -si
la hubiere- como la extranjera. De ésta misma opinión
es LUCAS (Una nueva Ordenanza, cit.; pág. 38). Para -
CAMARA (Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. 1,
pág. 739) la interpretación anterior dista mucho de -
ser segura y, fundándose en que para el caso de las -
ampliaciones de capital (vid. epígrafe 2º siguiente,
del texto), la exigencia de los 100 millones de pese
tas se refiere a la aportación extranjera, entiende -
que la misma apreciación es válida para el supuesto -
de constitución, porque así se desprende de la "filo
sofía" que inspira el R.D. y de la necesidad de no dis

cuando en el proyecto de inversión se prevea la exportación por la Empresa, a partir del año de funcionamiento, de un mínimo del 50% de la cifra de facturación de su propia producción, siempre que dicha cifra de facturación no sea inferior a 100 millones de pesetas (art. 2º, párrafo primero).

- que la Sociedad española no realice pagos - por transferencia de tecnología al inversionista extranjero, sus filiales o empresas asociadas, con excepción de contraprestaciones por servicios oportunamente concretados y justificados, y en ningún caso efectue pagos de cuantía constante o relacionada con el nivel de la actividad de la empresa española (art. 1º, 1, 3º).

2º) En los supuestos de IE en sociedades españolas ya constituídas. Ampliaciones de capital (art. 3º, R. D.).

El art. 3º del R.D. reproduce prácticamente - los requisitos exigibles para el caso de constitución de Sociedades, sin otra variación que la relativa a las cifras - de capital social, que sustituye por el de "que la cifra total de capital social más reservas efectivas de la Sociedad resulte aumentada, al menos, en un 30% con ocasión de la IE, debiendo producirse un desembolso mínimo de 100 millones de pesetas, realizado mediante aportación exterior, en el momento de la suscripción de las acciones" (art. 3º, 1, 2º) -

criminar las dos hipótesis que contempla. A nuestro entender la tesis de CAMARA no puede sostenerse en absoluto. El R.D. distingue claramente entre la creación y la ampliación de capital, y regula ambos supuestos por separado, indicando específicamente las condiciones en que la IE puede hacerse presente. Los términos utilizados son, igualmente, perfectamente definidos, en uno y otro caso. Por ello al referirse al capital desembolsado, éste término jurídico ha de entenderse en su sentido propio y usual claramente definido (arts. 8º, 11, f), 13, 20, 29, 32, 33, 90, Disp. Transit. 4ª, todos de la LSA).

(276) Esta operación de ampliación de capital puede realizarse -de conformidad con los términos del art. 3º - del R.D.- de dos formas diferentes: a) mediante "suscripción" de acciones en la ampliación de capital, y b) mediante la "adquisición de acciones y simultánea suscripción". En la hipótesis legal b) se plantean algunas cuestiones de interés: 1ª) si el R.D. exige - que el desembolso extranjero sea de 100 millones de pesetas, ¿es necesario que éste se refiera solamente a la suscripción de nuevas acciones o también pueda interpretarse a las compras de otros títulos previamente circulantes, si ello es necesario? A nuestro entender se impone ésta segunda interpretación, abonada por la propia terminología utilizada en el texto legal que comentamos (más ampliamente, pero en el mismo sentido, vid. CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, págs. 743-744); 2ª) respecto a la "simultaneidad", debe entenderse en el sentido de que entre ambos actos no exista solución de continuidad. En este sentido -escribe CAMARA- en el orden -- práctico no se ve inconveniente en que el acuerdo de ampliación se adopte por la Junta y que después se - proceda, ante Agente de Cambio o Notario (se olvida de los Corredores de Comercio) a transmitir las acciones antiguas que sea menester enajenar y se suscriban las nuevas. En el orden documental habrá primero que elevar a escritura pública el acuerdo de aumentar el capital, con indicación de las personas o entidades (extranjeras) a quienes se haya ofrecido (en todo o en parte) las nuevas acciones, y consignando la renuncia total o parcial al derecho de suscripción preferente. Después se formalizarán las operaciones de venta y suscripción (ante fedatario competente) y, por último, se cerrará el ciclo con el otorgamiento de la escritura de liberación de acciones o acta de protocolización en la que se indicarán las acciones antiguas que quedan en poder de los accionistas extranjeros.

(277) Por otro lado, el R.D. dispone -en su art. 4º, 1- que "las sociedades españolas que tengan participación - extranjera en su capital en virtud de autorización - administrativa individual, quedan autorizadas para - efectuar aumentos de capital, siempre que no se incremente el porcentaje de capital extranjero existente". Este precepto ha sido comentado muy favorablemente por la doctrina al entender que "lo que ahora se dispone en el artículo que contemplamos es una autorización general para esos aumentos de capital. L implícitamente, también, una autorización general para la inversión extranjera en ese aumento con la única limitación de que con ocasión de este aumento no se incremente el porcentaje de capital extranjero -- existente. Es decir, la autorización del art. 4º número 1 del R.D. no impone que las acciones emitidas al aumentar el capital hayan de ser necesariamente - suscritas por los actuales accionistas en uso del derecho de preferente suscripción y en proporción a -- las que ya poseían. No. Cabe que se ofrezcan todas o parte de las acciones emitidas, a suscriptores extran-

Una cuestión, a la que se refiere expresamente el R.D. que comentamos, que afecta a los dos supuestos identificados en éste apartado, y que produce sus efectos en el tema de las obligaciones que contrae el inversionista extranjero (objeto de estudio en el Cap. IV de nuestro trabajo), es el relativo a las llamadas "previsiones vinculantes" para la Sociedad (arts. 1º, 2 y 3º, 2), locución tachada por algún autor de "totalmente desafortunada" (278).

jeros con renuncia del derecho de preferente suscripción de los antiguos accionistas, siempre que no se incremente con tal motivo el porcentaje de capital extranjero existente. Si se respeta ese porcentaje y se emplean medios de inversión permitidos de los que no requieren autorización no será precisa ahora ninguna autorización individual, puesto que ya la concede con carácter general el precepto que comentamos. Tampoco será necesario el cumplimiento de requisitos referentes a cuantía mínima de capital que haya que aumentar ni que invertir, ni de obligaciones de creación de puestos de trabajo ni, en general, ninguno de los exigidos en los artículos anteriores. Existe, pues, una gran libertad en este punto. Aún con sus defectos de redacción quizá sea esta la única norma del Real Decreto digna de alabanza, y la que realmente habrá de dar mayor juego en su aplicación práctica". (LUCAS, Una nueva Ordenanza sobre IE en España, cit.; pág. 43).

- (278) Escribe LUCAS (Una nueva Ordenanza, cit.; pág. 34) - que "dichas previsiones vinculantes o compromisos no son sino obligaciones impuestas por la norma a la Sociedad. Es desdichado calificarlas de previsiones vinculantes y es desacertado exigir que se contengan en el proyecto con tal carácter vinculante. Porque si no se tratase de una obligación impuesta por la norma, si efectivamente fuere una previsión vinculante habría que someter tal previsión al régimen del art. 7º de la Ley de Sociedades Anónimas y conforme a este artículo podría ocurrir que la Sociedad, una vez constituida, no ratificase la previsión que por ello dejaría de ser vinculante. El art. 2º, párrafo 2º, - del R.D. califica a estas previsiones (al menos a la recogida bajo la letra b) como condiciones. Tal calificativo debe obedecer a un simple lapsus en la redacción definitiva de este artículo. Las llamadas -- previsiones vinculantes no son tales condiciones en su sentido técnico de elementos del negocio puestos en éste por libre decisión de los sujetos, y por el cual se subordinan sus efectos a la realización o no realización de un determinado evento. Ni siquiera son - condiciones iuris (por emplear la terminología usual) en el sentido de exigencias o presupuestos impuestos por la norma para que el negocio surta sus efectos. No son ni condiciones, ni condiciones iuris, ni simples requisitos de la inversión. Y ello fundamental-

Estas "previsiones vinculantes" implican una manera de "compromiso" entre la Administración y la Sociedad, con objeto de que la IE admitida en el país cumpla -- con las finalidades que, en estos supuestos, la Administración ha marcado como metas a alcanzar. La naturaleza jurídica de estas "previsiones" quizás no pueda entenderse --- aplicándole los esquemas tradicionales del negocio jurídico privado, y de ahí, la desorientación con que se analiza la cuestión.

Creemos que con estos supuestos de IE, y ya lo reseñamos con anterioridad, penetra timidamente en nuestro país la técnica de las "IE paccionadas", tan conocida en otros países. La interpretación de éstos auténticos pactos de inversión requiere unos métodos que no se adaptan -- en absoluto a los propios del Derecho interno, y que nos -- sitúan en un plano distinto. Se cumple aquí cuanto en la -- Introducción y en el Cap. I escribíamos sobre las nuevas -- concepciones jurídicas en las operaciones de IE. Las "previsiones vinculantes" cumplirían el papel de "condiciones generales" de un negocio jurídico "sui generis" o de adhesión (279) formalizado entre la Administración y el inver-

mente: a) Porque se tienen que cumplir en un momento posterior a la inversión. b) Porque, en consecuencia, presuponen la eficacia de la inversión y obviamente del negocio constitutivo de la Sociedad. c) Porque -- tales exigencias no se imponen a los inversores, sino a la Sociedad nacida con eficacia del negocio antedicho creador de la Sociedad. Se trata, en definitiva, de obligaciones impuestas por la Ley a la Sociedad en la que se invierte, a la Sociedad que pretende surgir con inversión extranjera al amparo de -- la autorización general del Real Decreto, y que, por supuesto, ha de cumplir en momento posterior a su -- constitución, obligaciones que carecen de sanción para la propia sociedad, ya que en caso de incumplimiento por ésta se desplazarían las consecuencias del incumplimiento, que recaerían no en la propia Sociedad infractora, sino en los socios, que pueden ser ajenos a la infracción; y aún esto, como vamos a ver, -- puede ser dudoso".

(279) Los trámites a seguir se establecen en el art. 5º -- del R.D., en cuyo apdo. 1 se indica que "los promotores o las personas interesadas en realizar una inversión extranjera podrán efectuarla conforme se deter-

mina a continuación: Cuando pretendan acogerse a las autorizaciones contenidas en este Decreto, deberán - remitir su proyecto de inversión, en la forma que reglamentariamente se determine, a la Dirección General de Transacciones Exteriores a fin de que, previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores, se verifique la inclusión o no del mismo en los supuestos - contemplados en este Decreto, y se expida certificación de este hecho. Transcurridos noventa días desde la presentación del proyecto en debida forma, -- sin que los interesados hubieran recibido notificación alguna en relación con el mismo, éstos podrán proceder a la constitución de la Sociedad o a la -- formalización de la operación, lo que habrá de realizarse en el plazo máximo de seis meses, prorrogable por la propia Administración cuando a su juicio existieran motivos suficientes para ello. Los fedatarios intervinientes en la formalización de inversiones extranjera que se realicen de conformidad -- con lo previsto en este artículo exigirán a los interesados la presentación de la certificación prevista en el mismo o, en su defecto, el documento -- oficial que, de acuerdo con las normas que reglamentariamente se dicten, permita constatar el hecho de haberse o no cumplido el plazo indicado". Y el art. 6º concluye señalando que "el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Comercio, previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores, emitido a iniciativa de cualquier Departamento afectado por razón de la materia y dentro del plazo mencionado, podrá excluir de la aplicación de este Decreto a las inversiones proyectadas al amparo de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º, cuando el proyecto - tenga consecuencias excepcionalmente perjudiciales para los intereses nacionales".

- (280) Art. 1º, 2 del R.D.: "para acogerse a la presente autorización, el proyecto de inversión deberá contener las siguientes previsiones vinculantes para la Sociedad: a) Que la Empresa alcance no menos de 100 puestos fijos de trabajo en el momento de la puesta en marcha del proceso productivo. b) Que a partir de - un año de funcionamiento de la Empresa, la Sociedad mantenga un saldo anual de divisas positivo. Se entiende por saldo de divisas la diferencia entre el valor de las cesiones de divisas y la adquisición - de éstas para pagos al extranjero, excluyéndose del cómputo los fondos que se reciban destinados a constituir el capital social, o en concepto de préstamos exteriores y los pagos por importaciones de bienes de equipo destinados a incorporarse al activo fijo de la Empresa. Quedarán, sin embargo, incluidos en el cómputo los préstamos recibidos de la propia casa matriz con vencimiento no inférior a tres años." El art. 2º, 2 del R.D. establece que "igualmente resultará aplicable la referida autorización, aún -- cuando no se cumpla la condición exigida en el apartado b) del párrafo 2, del citado artículo, en el - caso de que se alcancen mil puestos fijos de trabajo en el momento de la puesta en marcha del proceso

Es curioso observar como el R.D. no contiene ninguna norma específica sobre el particular que -- analizamos en éste epígrafe, a diferencia, por ejemplo, de como lo hace el D. nº 3023/1.974 (art. 4º). En consecuencia, los problemas de interpretación son numerosos y algunos, insolubles.

Parece claro que el cambio de objeto social -o su modificación parcial- acarreará la pérdida de los derechos adquiridos, en términos similares a como se pronuncia el art. 4º del D. nº 3023/74. Pero ya no se presenta tan pacífica la cuestión acerca de si la modificación de las condiciones "comprometidas" al tiempo de la inversión, que muchas veces será ajena a la voluntad de la propia Sociedad (281), debe producir consecuencias similares. Por otro lado, aún siendo imputables a la sociedad, las repercusiones se harían sentir principalmente en el ámbito de los derechos que se conceden al inversionista extranjero (vgr.: derecho de transferibilidad al exterior del capital invertido, plusvalías, utilidades) el cual, - para poder acogerse a los beneficios de la autorización -

productivo".

También el art. 3º, 2, del mismo R.D. establece que "para acogerse a la autorización contenida en el párrafo anterior, el proyecto de inversión deberá contener las siguientes previsiones vinculantes para la Sociedad: a) Que la Empresa incremente, a partir de un año de la formalización de la inversión extranjera, al menos en 100 sus puestos fijos de trabajo. b) Que a partir de un año de la formalización de la inversión, la Sociedad mantenga, en los términos de finidos en el número 2, apartado b) del artículo 1º, un saldo anual de divisas positivo".

- (281) Por ejemplo, que se reduzcan o no se alcancen los - puestos de trabajo señalados por el R.D. (arts. 1º, 2, a, y 2º párrafo segundo); que no se mantenga un saldo anual de divisas positivo (art. 1º, 2, b); que no se alcancen las cifras de exportación previstas - (art. 2º, párrafo primero); etc.

tar capital en la cuantía fijada por la norma legal.

La temática que planteamos es importante, y tal vez muchas de las dudas que suscita provengan de una concepción legal que asimila, inconscientemente, al inversionista extranjero (sujeto activo) con la sociedad española en que se hace patente su inversión (sujeto pasivo), lo cual solo es cierto, de hecho, no de derecho, en el supuesto de que el capital social sea, en su totalidad, de propiedad extranjera.

C.2.2.2. Posibilidad de superar los topes de IE, sin necesidad de autoriza
ción administrativa.

Incluimos en este apartado las Sociedades en las cuales -de conformidad con su específica normativa, derogatoria de la contenida en la LIE y el RIE- la participación extranjera puede llegar a alcanzar la totalidad del capital social, sin requisitos especiales de ningún tipo.

En la umbrosa selva legislativa nacional, encontramos los tres siguientes tipos de Sociedades Anónimas cuyo encaje en éste grupo se produce, en dos casos -- (sociedades de investigación y explotación de hidrocarburos y sociedades de publicaciones de revistas técnicas, -científicas y profesionales) muy claramente, y en otro -- (sociedades adjudicatarias de derechos mineros en las zonas de reserva del Estado) con ciertas reticencias (282).

(282) Debemos recordar la polémica surgida en torno a las Sociedades de seguros, de la que nos ocupamos en el epígrafe 2.1.2.1., B), c).

de investigación, de concesiones de explotación o de autorizaciones para transporte, almacenamiento, depuración y refino de hidrocarburos (Disp. final 1ª, apdo. g, LIE y RIE).

La Ley de 27 de junio de 1.974, en el apdo. 1 de su art. 7º, establece la plena libertad para la inversión exterior, de tal forma que la participación extranjera puede llegar a alcanzar a la totalidad del capital social.

- Sociedades que, de acuerdo con sus finalidades, pretendan publicar revistas que, reglamentariamente, se definan como de carácter técnico, científico o -- profesional. Como señala SEBASTIAN DE ERICE (283), a estas personas jurídicas no les afectan las limitaciones -- sobre intransferibilidad a extranjeros de sus acciones, a tenor de la excepción que el art. 21 de la Ley de Prensa de 18 de marzo de 1.966, hace al principio general -- prohibitivo contenido en el art. 18. La excepción se refiere y concreta a empresas que no sean propiamente periódicas.

- Sociedades adjudicatarias de derechos mineros en las zonas de reserva del Estado.

Del contenido del apdo. 3, art. 11, de la Ley de Minas (21 julio 1.973), que permite que las labores de investigación en las zonas de reserva del Estado puedan ser adjudicadas, mediante concurso público, a empresas españolas o extranjeras, y simultáneamente la concesión del derecho a la explotación de los recursos reservados (art. 11º, apdo. 4), deduce la doctrina (284) que, si la socie-

(283) El régimen legal de las IE, cit.; pág. 94.

(284) LUCAS (Contratación en España, cit.; Tomo 11, pág. 721); y CAMARA (Estudios de Derecho mercantil, cit.;

dad adjudicataria puede ser extranjera, no hay razón alguna para que, siendo española, su capital sea, incluso totalmente extranjero.

C.2.2.3. IE en las que, obligatoriamente, la participación extranjera en el capital de la sociedad española debe ser total.

Debemos incluir en éste apartado los denominados "Bancos españoles con capital extranjero", o bancos filiales de otras instituciones similares extranjeras, cuya creación y funcionamiento se regula en el D. de 23 de junio de 1.978, nº 1388. Se trata de una norma trascendental, tanto en el terreno financiero -porque concluye con una situación anterior totalmente restrictiva para la actividad bancaria extranjera en España-, como en el específico de la IE (285).

La disposición mencionada, después de señalar las modalidades que puede adoptar el establecimiento de Bancos extranjeros en territorio español (286), desarrolla las condiciones que posibilitan su creación y funcionamiento. Del análisis específico de todas las que afectan a la creación de "Bancos filiales" y en lo que a nuestro trabajo se refiere, se deduce:

1 - Que se trata de Bancos con "personalidad -

Vol. I; pág. 749). No parece llegar a ésta conclusión GARCÉS (Régimen jurídico, cit.; pág. 117) el cual se sorprende por la inclusión de ésta disposición dentro del contexto de la ley de minas, pero no se ocupa de examinarlo especialmente, lo que induce a pensar que, para éste autor, es de aplicación la limitación del 49% ya comentada anteriormente.

(285) Vid. MAQUEDA P.M., La Banca extranjera en España, en la obra Empresas multinacionales y Derecho español, cit.; págs. 491 y ss.

(286) Se admiten las tres siguientes (art. 1º): a) apertura de oficinas de representación; b) creación de bancos filiales, y c) apertura de sucursales.

jurídica española" (287);

2 - que su capital estará siempre representado por valores mobiliarios/acciones, toda vez que se les exige la forma de sociedad anónima (art. 3º, a);

3.- que la participación extranjera será siempre del 100% extranjera, sin necesidad de autorización administrativa alguna (288);

4 - que no se aceptará como sujeto activo de la IE más que a personas jurídicas que, además, reúnan -- la condición de Banco --no otras instituciones financieras-- carácter que se identificará con arreglo a la normativa -- del país de domicilio o incorporación (289);

5 - las acciones representativas del capital -

(287) La locución utilizada no puede ser, desde el plano -- jurídico, más desafortunada. Creemos que debería haberse referido a la personalidad jurídica con arreglo a las leyes españolas, por un lado, y su nacionalidad española, por otro.

(288) Pensamos de ésta forma al examinar el contenido del párrafo número del art. 3º que, literalmente dice: -- "El Consejo de Ministros, a propuesta del Banco de España y previo informe del Consejo Superior Bancario, podrá autorizar la creación de Bancos españoles con capital integramente suscrito por Bancos extranjeros, atendiendo a los intereses de la economía nacional y a la aplicación del principio de reciprocidad con el país de origen de aquellos". La autorización no se refiere al porcentaje de IE, sino a la -- creación del Banco filial. Autorizado éste, con arreglo a esta normativa específica, surge automáticamente la posibilidad --la obligación-- de la suscripción integra del capital social por el capital extranjero.

(289) Creemos que no debe pensarse que cada filial debe -- crearse por un solo establecimiento bancario extranjero. En todos los preceptos del Decreto nº 1388/78, siempre que se habla del capital social del Banco filial, se refieren a los "Bancos extranjeros" y a los "accionistas", en plural (art. 1º, b; art. 3º, párrafo primero; art. 4º, párrafo final; art. 7º, párrafo primero; art. 8º; Disp. transitoria 1ª). Pueden, por tanto, concurrir a la fundación de un Banco filial, uno o varios Bancos extranjeros, de la misma o diferente nacionalidad.

transferencia, cesión, pignoración o gravamen sin autorización previa y expresa del Banco de España, sin que puedan cederse los derechos de suscripción preferente en las ampliaciones de capital sin autorización previa y expresa -- del Ministerio de Economía (art. 4º).

En el art. 7º, apdo. c), contiene la norma -- que comentamos un precepto que entendemos superfluo --a no ser que se le considere como un criterio orientativo para obtener la pertinente autorización administrativa, a que -- se refiere el art. 5º, 1. de la LIE_, en virtud del cual -- "previa conformidad del Ministerio de Economía y demás autorizaciones previstas en la legislación sobre IE, podrán (parece referirse tanto a los Bancos filiales como a las -- sucursales de Bancos extranjeros) ostentar la titularidad -- del 100% del capital de Sociedades dedicadas a la gestión de tarjetas de crédito, servicios de proceso de datos rela -- tivo al propio Banco y otras tareas auxiliares de la fun-- ción bancaria".

2.1.2.2. LAS LIMITACIONES A LA IE EN OPERACIONES QUE NO IMPLIQUEN PARTICIPACION EN EL CAPITAL SOCIAL DE LAS SOCIEDADES ESPAÑOLAS.

Si se recuerda cuanto se expuso al final del Cap. I, procedíamos a establecer una clasificación de las operaciones de IE, materializadas a través de los valores mobiliarios, que diferenciaba claramente entre las "IE en valores mobiliarios de participación" e "IE en valores mobiliarios de préstamo", cuyas características específicas se recogían en aquella ocasión.

Sin olvidar los "riesgos políticos y económicos" que encierran ambas modalidades, no cabe desconocer -- que los peligros son infinitamente superiores en las primeras que en las segundas, y de ahí, que el legislador se haya preocupado de conjurarlos más en aquellas que en és-

tas. Por ello, todo el entramado cautelar, que sobre porcentajes de participación extranjera hemos expuesto, se ha aplicado al caso de las IE materializadas en valores mobiliarios de participación.

Aunque debamos reconocer que, en ocasiones, el riesgo de dependencia no procede exclusivamente de la existencia de una participación en el capital de la sociedad, sino también de la vinculación al exterior a través de otra serie de circunstancias diferentes (vgr.: dependencia tecnológica, financiera, etc.), la Administración se preocupa de evitarla, o de controlarla al menos, de forma diferente a como entiende que es más eficaz en los supuestos ya examinados (vgr.: reglamentando y autorizando el endeudamiento exterior; analizando y aprobando los contratos de asistencia técnica, etc.).

Por ello, la LIE y el RIE proclaman el principio de "IE totalmente libre" (art. 11, LIE y art. 11, 2, RIE) para la adquisición de valores mobiliarios de préstamo (290), incluyendo en ésta expresión todos aquellos que no confieren, ni puedan conferir en el futuro (291), la plenitud de los derechos a que se refiere el art. 39 de la LSA, y tanto si son de renta fija (obligaciones clásicas, Bonos de Caja) como de renta variable (obligaciones indicadas, participantes y similares; Bonos de disfrute; partes de fundador; certificados representativos de participaciones en Fondos de Inversión Mobiliaria; etc.).

(290) El apdo. 6 de la O.M. de 24 de diciembre de 1.959, - sobre adquisición por extranjeros de valores mobiliarios de sociedades españolas, ya liberalizaba la IE en ésta clase de valores de renta fija.

(291) De aquí que se excluyan de este tratamiento general, los títulos de renta fija convertibles en acciones, la adquisición de los cuales se considerará como IE participante o IED (vid. art. 3º, 4.1. RIE).

Para estos supuestos, la libertad de IE debe ser entendida en los términos siguientes:

A) Respecto al inversionista extranjero sujeto activo de la IE:

1º) Carácter absoluto. La posibilidad de adquisición -cumpliendo los requisitos referentes al carácter de las aportaciones, según los casos- es absoluta, -- sin que pueda ser limitada ni aún por acuerdo expreso -- del Consejo de Ministros (292).

2º) Aplicación general. Aún cuando la redacción de la Disp. final 1ª de la LIE ("las IE que se efectuen "en" Empresas") podría inducirnos a pensar que, en las sociedades de régimen específico, privarían las disposiciones especiales sobre las generales de la LIE y el -- RIE en el aspecto que examinamos (puesto que la adquisición de un título/obligación implica IE "en" la sociedad que lo emite), el contenido de los arts. 5º, 1, de la LIE (repetido en el art. 5º, 1 del RIE) y el del apdo. 1 del art. 11 del RIE, señalan claramente que las especialidades a que se refiere la Disp. final 1ª del RIE afectan, -- única y exclusivamente a los casos de IE participante. De aquí que debamos concluir admitiendo el principio de general aplicación de libertad para la IE, cualquiera que sea la actividad a que se dedique la empresa de la que es titular la sociedad que emite los títulos adquiridos por el inversionista extranjero.

B) Con relación a la Sociedad española sujeto pasivo de la IE:

(292) Una vez autorizada la emisión, sin excluir expresamente la IE, no se podrá limitar el número de los títulos en el porcentaje de lo emitido que puede -- ser adquirido por extranjeros.

estará regulado, en primer lugar, por el principio general contenido en el art. 111 de LSA, a tenor del cual -- "la sociedad podrá emitir, en serie impresa y numerada, obligaciones u otros títulos que reconozcan o creen una deuda, siempre que el importe total de las emisiones no sea superior al capital social desembolsado" (293).

2º) Respecto a las emisiones en el exterior -- (294), no existen otras limitaciones específicas que las derivadas de los aspectos formales que requiere la captación de ahorro en otros mercados nacionales o internacionales, y que pueden venir impuestas tanto por las -- normas del Derecho interno (295) de los países afectados, como por las reglas internacionales aplicables en cada ocasión. En todo caso, cuanto se consigna con el -- siguiente apartado 2.2. es igualmente aplicable, salvando las diferencias lógicas, en éste mismo supuesto.

3º) Con relación al crédito obtenido mediante

(293) Se exceptúan de éste límite (art. 114, LSA) las -- emisiones garantizadas por hipoteca, prenda de efectos públicos o con la garantía del Estado, de la -- provincia o del Municipio. Un interesante comentario a la objetividad y eficacia del límite legal -- impuesto, puede verse en GARRIGUES-URIA, Comentarios a la LSA, cit.; tomo II, págs. 505 y ss.

(294) Nos remitimos a CABEZON P., WEBB M.V. y NAVASQUES J., Algunas ideas sobre emisiones de eurobonos, en Rev. Información Comercial Española, mayo de 1.974, nº 489; págs. 55 y ss.

(295) Por lo que se refiere a España, el régimen jurídico interno a que se someten éstas operaciones de inversión "internacional" se acomoda en líneas generales a las normas siguientes: 1º) se requiere autorización de la D.G. de Política Financiera (Ministerio de Hacienda) por tratarse de una emisión de obligaciones (en los términos contenidos en el R.D. de 10 julio 1.978, nº 1851; 2º) una vez obtenida esta autorización se requiere, una segunda autorización -- del Banco de España en cuanto al préstamo extranjero que supone la emisión en el exterior, y al ser -- no-residentes los suscriptores de la misma.

emisión de valores en el mercado nacional (296) y para el supuesto de Sociedades españolas en cuyo capital social - existiere participación extranjera, se deberán respetar, - a su vez, los límites que específicamente establece el -- art. 8º del RIE, en el cual -al propio tiempo que se auto riza a éstas "Sociedades participadas" su recurso al cré- dito interior (apdo. 1)- se establecen límites para la po sibilidad de obtenerlo mediante la emisión de obligacio-- nes u otros títulos de renta fija (apdo. 2, en relación - con el apdo. 4º de la O.M. de 5 de marzo de 1.975, por la que se regula el acceso al crédito interior por las socie dades españolas con participación extranjera) (297).

Queremos indicar con lo expuesto, que las Sociedades españolas que se encuentren en la situación -- descrita, no podrán hacer uso de la autorización estable- cida en el art. 111 de la LSA, sino dentro de los límites específicos que, para cada caso, señala el art. 8º del -- RIE y la O.M. de marzo de 1.975 (298). Estas limitaciones

(296) La D.G. de lo Contencioso del Estado entiende que, en principio, estas pautas no parecen aplicables al crédito oficial, que se regiría por la ley sobre Or ganización y Régimen del Crédito Oficial, de 19 de julio de 1.971 (Dictamen emitido, a propósito de un supuesto de crédito turístico a empresa nacional -- participada por el capital extranjero, el 13 de ju- lio de 1.973; Anales de la D.G. de lo Contencioso, Tomo II; págs. 604-606).

(297) Como antecedentes legales del régimen actual, deben citarse el D.L. de 24 de diciembre de 1.959, nº 2320 (Derogado expresamente por el apdo. 1.1. del D. de 19 de junio de 1.975, nº 1497) y las Circulares del Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo, de 22 - de diciembre de 1.966, y del Banco de España, de 23 de diciembre de 1.970, nº 49.

(298) La especialidad que, en el régimen general, implica esta normativa específica, se justifica por ALVAREZ y EGUIDAZU (Control de cambios, cit.; tomo I; págs. 592-593), al escribir que "éste supuesto escapa del marco de cuanto habíamos visto hasta ahora, puesto que las normas sobre control de cambios afectaban a las transacciones directas con el extranjero, mien- tras que aquí vemos que están afectando a transaccio- nes interiores. Pero que este caso sea, en alguna - medida, especial no significa que no sea razonable, ni siquiera que escape del marco de la filosofía ge

vienen concretadas en la forma siguiente:

a) Si la participación extranjera no excede del 25% del capital social, no existe limitación específica alguna (apdo. 2º, a, del art. 8º del RIE y apdo. - 2º, a, de la O.M. 5 de marzo de 1.975).

b) Si la participación extranjera excede - del 25% del capital social (299), podrán recurrir al cré-

neral en que se apoya el control de cambios. En primer lugar, al regular las condiciones de admisibilidad de la inversión extranjera y el ámbito en que debe desenvolverse su actuación en España, la Administración puede legítimamente imponer límites a esa actividad, cosa que sucede también en otros países. En segundo lugar, al referirnos al control de cambios al principio de la obra, señalábamos que su objeto es, en definitiva, regular las variaciones en el patrimonio español producidas por las transacciones económicas con el extranjero. No cabe duda que el recurso al crédito interior por parte de las empresas con participación extranjera tiene una repercusión en el patrimonio español, puesto que la utilización de dicho crédito les permite desarrollar un nivel de actividad que se traducirá en unos beneficios que serán transferibles al extranjero. Precisamente son estas las motivaciones que determinan la limitación del crédito español. Lo que se pretende es que los beneficios obtenidos por estas empresas como consecuencia de su actividad sean fruto de recursos procedentes del exterior, puesto que esa es precisamente la condición en que se basa la admisión de las inversiones extranjeras, y que legitima la transferencia de sus beneficios. Y el camino elegido para este fin es ligar de alguna manera el volumen de créditos interiores con el capital fiscal de la empresa, condicionando la obtención de créditos superiores a la captación paralela de fondos extranjeros". Por nuestra parte, entendemos que, con mayor precisión terminológica, el D. de 24 de diciembre de -- 1.959, precedente de esta disposición era más explícito, al referirse tanto a la posibilidad de recurrir al crédito interior como al extranjero, y mediante la emisión o no de obligaciones (art. 2º).

(299) Debe tenerse presente, a efectos de cómputo de participación extranjera, que no se entenderá como tal, las participaciones cuyos titulares sean extranjeros residentes en España, y que hayan efectuado sus inversiones con pesetas ordinarias o capitales interiores, cuya valoración tenga aquella consideración (a tenor del apdo. 4º de la O.M. de 5 marzo 1.975). En cambio, es irrelevante que participe en su capital el Estado español, bien directamente o a través del INI o de cualquier otro organismo autónomo (art. 7º, 4, b, RIE) porque esa excepción se refiere solamente al caso de la IED o participante.

dito interior con arreglo a las pautas legales siguientes:

b.1. Librementemente, en los dos supuestos que se indican:

- emisión hasta un importe igual al 50% de la suma del capital social desembolsado, más las reservas efectivas (apdo. 2, b, del art. 8 del RIE y apdo. 2º b, de la O.M. de 5 de marzo de 1.975);
- cuando la sociedad obtenga, anterior o simultáneamente, créditos en el exterior por plazos similares y en cuantía proporcional, cuando menos, al porcentaje que suponga la participación extranjera en el capital (apdo. 2º, b, párrafo segundo de la O.M. de 5 marzo 1.975, dictado en virtud del contenido del apdo. 3, a, del art. 8º del RIE). (300).

b.2. Mediante autorización específica del Ministerio de Hacienda, en los demás supuestos concebibles (apdo. 3, b, del art. 8º del RIE y apdo. 2º, b, párrafo segundo, de la O.M. de 5 marzo 1.975).

2.2. SUJETOS INSTITUCIONALES.

Con ser las sociedades mercantiles los principales destinatarios de la IE en nuestro país, no puede -

(300) La interpretación práctica del precepto que se ha transcrito, lo efectúan ALVAREZ y EGUIDAZU (Control de cambios, cit.; tomo I, pág. 595), citando el ejemplo de una sociedad con un capital de 200 millones de pesetas y una participación extranjera del 30%. El recurso al crédito local sería libre hasta 100 millones de pesetas, y a partir de ese límite, por cada 100 pesetas adicionales de crédito solo podrían obtenerse en España 70, debiendo gestionarse las 30 restantes en el exterior.

olvidarse el papel que, como captadores de ahorro exterior, desempeñan otras entidades que agrupamos bajo el calificativo de "institucionales" y que, en paridad, incluyen al conjunto del Sector público del sistema económico, exceptuando las empresas públicas, las cuales hay que entender que se rigen, en principio, por el régimen general de aplicación a las IE realizadas en las sociedades privadas, toda vez que no se ha dictado normativa especial alguna que les afecte directamente (301).

Nos remitimos a cuanto se indicó en el capítulo anterior, al tratar de las IE en sus aspectos económicos, por lo que ahora nos limitaremos a la traducción jurídica de las ideas expuestas en aquella ocasión (302).

Se puede señalar, casi sin excepciones dig

-
- (301) BAENA (Régimen jurídico de la intervención, cit.; - pág. 333) concluye su excelente exposición sobre el tema, señalando que "a pesar de su teórica diversidad de régimen jurídico, las empresas públicas españolas, bajo cualquiera de sus formas, tienden a regirse por el Derecho público en cuanto a los nombramientos de los altos cargos directivos y al control ejercido por el Estado, mientras que en el desarrollo de su actividad se rigen fundamentalmente por - normas jurídico-privadas".
- (302) Nos remitimos a las págs. 451 y ss. (IE en el Sector público). La bibliografía jurídica sobre el tema es escasa. Los autores norteamericanos se han ocupado con amplitud del tema de la financiación internacional de carácter público; sobre todo en el análisis de las cuestiones relativas a las relaciones entre Estados insolventes y acreedores extranjeros. En este aspecto un estudio muy completo es el realizado por BORCHARD Ph. y WINNE H., State insolvency and - forcing bondholders, New Haven, 1.951 (obra en dos volúmenes). Otra bibliografía sobre la cuestión: MAFFEI, Note sui prestiti pubblici, en Rev. Banca, Borsa, Titoli di Credito, 1.954, Vol. I, págs. 101 y - ss.; JACQUEMONT, L'emission des emprunts euro-obligataires, cit.; KHAN Ph., Lex mercatoria et euro-obligations, en Rev. Law and International Trade, 1.973, págs. 215 y ss.; DELURME H., Le cleaning international de valeurs mobilières, en la obra L'integration des marchés européens de valeurs mobilières, Jornadas de Estudios organizadas por la Universidad Internacional de Ciencias Comparadas, Luxemburgo, -- 1.971, págs. 85 y ss.

nas de mención, que la captación del ahorro por parte de estos sujetos pasivos de la IE, se efectúa a través de la emisión de los llamados "fondos públicos" -a los cuales se hizo ya cumplida referencia en la Introducción-, cuyo concepto, referido al caso español, se contiene en la -- Circ. del Banco de España, de 26 de febrero de 1.974, a tenor de la cual se consideran como tales "los títulos - valores, que siendo cotizables en Bolsa, representan -- créditos contra el Estado, las provincias, los municipios y los organismos públicos, y los emitidos por Entidades Oficiales de Crédito y aquellos otros que, aunque no se coticen en Bolsa, se emitan con tal carácter por disposición legal".

En términos generales, la captación del ahorro exterior puede realizarse por dos procedimientos diferentes:

1 - Realizando emisiones de valores en el - mercado primario interior, e incentivando la adquisición de los títulos puestos en circulación por el capital extranjero (303), y

2 - efectuando éstas emisiones en los mercados exteriores (304). Para ello, pueden utilizarse dos -

(303) Estos incentivos pueden ser muy variados: fiscales, monetarios, etc.

(304) En este tipo de operaciones se observa con nitidez como la presencia de nociones económicas está desplazando, en el terreno jurídico, a las concepciones tradicionales. Frente al criterio clásico que considera como internacional toda operación que presente un elemento de "extranjería" y que necesita para su solución recurrir al método del conflicto de leyes, la jurisprudencia francesa más reciente, aplicable a estos empréstitos internacionales, modifica el criterio tradicional y adopta la noción de "pago internacional" (reglement international/paiement international), fundado sobre un concepto de naturaliza económica, porque no se refiere expresamente a la existencia de elementos extraños, sino a que la operación entrañe un "movimiento de flujo y reflujo monetario más allá de las fronteras" (JACQUEMONT, - L'emission des emprunts, cit.: pág. 24).

a) Emisión en un mercado nacional concreto y determinado, en la moneda del país que la acoge, y con sujeción al régimen legal vigente en el mismo (305). -- Hay que reconocer que, por los numerosos controles restrictivos impuestos a éste tipo de empréstitos, en la mayor parte de los países, éste cauce de financiación exterior no se ha desarrollado suficientemente (306).

b) Emisión internacional propiamente dicha, o euro-emisiones (307). Se realiza éste tipo de operación

(305) Esta modalidad de emisión no deja de plantear serias cuestiones en la interpretación del régimen legal - aplicable, pues como ponen de relieve LOUSSOUARN y BREDIN (Droit du commerce, cit.; págs. 372 y ss.) - la propia complejidad del contrato de emisión - sucesión de operaciones jurídicas que pueden ser individualizadas y sometidas, teóricamente a leyes diferentes - y el nacimiento de múltiples relaciones jurídicas que conlleva, provoca la concurrencia de -- problemas de competencia legislativa de difícil solución. A nuestro entender, en este materia, hay -- que distinguir entre las leyes imperativas y las -- disposiciones facultativas de cada uno de los países implicados en la operación. Las primeras se imponen en todo caso, y en ellas puede surgir el conflicto con su mayor intensidad. De la posible solución que, a tenor de las normas del país donde se efectue la emisión, pueda alcanzarse dependerá la posibilidad de que la operación se efectúe o no. Aunque la "lex societatis" tenga una vocación general, no puede -- desconocerse el papel que juego el principio de "autonomía de la voluntad" o "lex socicontractus". En ciertos supuestos la ley local se impone siempre -- (vgr.: al demandar la cotización en Bolsa de los títulos, se aplicará la ley que rija la cuestión en -- el mercado bursátil donde se solicite la admisión).

(306) Vid. CEE, La política del mercato obbligazionario - nei pressi della CEE, strumenti esistente e loro -- applicazione, 1.966-1.969; Bruselas, 1.970; págs. - 29 y 37.

(307) FOUCHIER (cit. por JACQUEMONT, L'emission des emprunts, cit.; pág. 25) define la euro-obligación como "un valor emitido por una entidad pública o privada fuera - de su país de origen, cifrada en divisas convertibles, de ordinario dólares o marcos alemanes, cotizada como valor extranjero sobre una o varias Bolsas internacionales y cuyo servicio financiero se efectúa en las -- ventanillas de varios bancos europeos o americanos". Para JACQUEMONT, las euro-emisiones son empréstitos a largo plazo efectuados, principalmente, sobre el euro-

emitiendo el empréstito en uno o varios países (308), ofreciendo los títulos al ahorro de diversas naciones, lo que permite la recogida de fondos a escala mundial, evitando - las restricciones que suponen las normas legales referidas a éstas operaciones efectuadas por sociedades extranjeras en moneda local (309). Y de ahí su innegable éxito y desarrollo, y la variedad existente en las formas de emisión - (310). Este tipo de emisiones internacionales da lugar a -

mercado, es decir, el mercado de las monedas que no - están en poder de los residentes del país de emisión de éstas monedas. Para el Kredietbank luxemburgués la euro-obligación es una obligación emitida en euro-divisas por un sindicato internacional de bancos, ofrecida públicamente y cotizada en Bolsa.

- (308) Las principales Bolsas que canalizan éstas emisiones son las de Luxemburgo -que alcanza el 60-70% del volumen- y Londres, seguidas por Frankfort y Amsterdam y en menor proporción las bolsas suizas (Zurich, Basilea, Ginebra); excepcionalmente las bolsas belgas -- (Bruselas), americanas (N. York), japonesas (Tokio) y, anteriormente la Bolsa de Beyrouth. No se efectúan en París, porque las autoridades francesas han rechazado sistemáticamente la cotización de euro-obligaciones - en ésta Bolsa.
- (309) PACI S., Il mercato finanziario internazionale; Milán, 1.972, págs. 6 y ss.
- (310) Se pueden reconocer, como principales, la emisión de Deuda exterior clásica cifrada en alguna moneda concreta, las emisiones con "opción de cambio" (emitido, en una determinada moneda que dan la posibilidad al - suscriptor de poder recibir el pago de los intereses y el reembolso del capital en una o más monedas específicas, diferentes de la de emisión y a un tipo de - cambio basado sobre la paridad existente en el momento de la misma emisión), las emisiones en "unidad de cuenta" (es una fórmula monetaria ideada para que sean mínimos los riesgos derivados de las variaciones de - la paridad de la moneda: la unidad de cuenta es un parámetro monetario sin poder liberatorio, basado en el valor de un peso de oro que, a su vez, está ligado a las monedas de los 17 países ex-miembros de la Unión Europea de Pagos, el suscriptor recibe sus intereses y reembolso del capital en una de tales monedas), y - las emisiones en "unidad de cuenta europea" (EMU), parecidas a las anteriores, con la especialidad de contener una opción de cambio en las monedas de los países de la CEE. Sobre el particular, nos remitimos a - SEGRE C., Emissione obbligazionaria estere sui mercati europei: obiettivi, condizioni e forme dell'evoluzione attuale, en Rev. Moneta e Credito, marzo, 1.964; págs. 18 y ss.; BLONDELL J.L., Une nouvelle forme de financement international: les emprunts en unités de compte européennes, en Rev. Moneta e Credito, marzo, 1.964, págs. 59 y ss.; PACI, Il mercato finanziario, cit.: -

la conclusión de numerosos contratos, lo que complica extraordinariamente su comprensión desde el punto de vista legal. Baste con citar como se pone de relieve (311) la existencia de un contrato de empréstito propiamente dicho, el contrato que liga al prestatario y los banqueros jefes de fila o "underwriting agreement" y, finalmente, el contrato establecido entre éstos y los banqueros que van a colocar el empréstito.

El tratamiento legal de un entramado de relaciones convencionales como el esbozado unido a cuestiones que se pueden suscitar en supuestos específicos, tales como los que plantea la reivindicación de los títulos por su propietario desposeído, puede alcanzar una complejidad de tal naturaleza que, de no haberse aplicado en su análisis unas nuevas ópticas jurídicas, pudo entrañar la paralización de la actividad en este llamado mercado de las euro-obligaciones. Y éstas nuevas formas de analizar el fenómeno son las que nos presta el llamado Derecho económico internacional, de cuyo origen, concepto y evolución nos hemos ocupado en la Introducción de éste trabajo.

La utilización de la técnica contractual, reiterada y uniforme (312), ha posibilitado el nacimiento -

págs. 12 y ss.; SASSO C., I titoli obbligazionari in valuta estera, Padua, 1.977, págs. 31 y ss.; BAYOT M., Les marchés internationaux d'obligations, en Jornadas de Estudios del Centro de Estudios Bancarios y Financieros, París, 1.975; págs. 375 y ss.

(311) Centro de Investigación sobre el Derecho de los Mercados y de las inversiones internacionales: Les euro-obligations-euro bonds; Paris, 1.972; JACQUEMONT, -- L'emission des emprunts, cit.; págs. 45 y ss.

(312) La uniformidad y reiteración de las prácticas ha llevado a algún autor a pensar que, de ésta manera, se camina hacia la elaboración de un verdadero derecho material sobre el tema (OPPETIT, le contrat d'emission d'euro-obligations, en Euro-obligations, cit.; pág. 57).

ción estatal de clase alguna, llegando la jurisprudencia -principalmente suiza y francesa- a efectuar un ensayo -de interpretación de las normas convencionales por las -que se rige, basado en la identificación y aplicación de unos principios generales que se derivan de la práctica generalmente utilizada para concertar éste tipo de operaciones (313). Las "recomendaciones" elaboradas por la -- "Association of International Bond Dealers" -que agrupa a los banqueros que se dedican a ésta actividad- constituyen las reglas por las que se rige éste euro-mercado, siendo la solidaridad profesional de estos intermediarios la fuerza que impone su aplicación como norma "jurídica" difícilmente discutida por el resto de las partes (entidades emisoras, suscriptores).

De todas formas no cabe olvidar la importancia que alcanzan las normas de Derecho interno imperativas, sobre todo, las de carácter monetario, porque su propia consideración, como reglas de orden público económico, las impone en todo caso (314).

En los llamados, por los internacionalistas, supuestos de "sucesión de Estados", la cuestión de responsabilidad por los empréstitos contraídos con anterioridad a que tales situaciones se produzcan, ha sido objeto de atención tanto por parte de los Tribunales como de la doctrina (315).

(313) Se trata, en suma, de ir configurando los caracteres más sobresalientes que presenta éste tipo de "contrato internacional" (nos remitimos a los trabajos de las séptimas Jornadas de Estudios jurídicos Jean Dabin, Le contrat économique international; Bruselas/París, 1.975; particularmente págs. 46 y ss. y 174 y ss.).

(314) NIBOYET, Principios de Derecho internacional privado, cit.; págs. 395 y ss.

(315) Nos remitimos a DIEZ DE VELASCO, Instituciones, cit.: 4ª ed.; págs. 218-219.

posibilidad de captación del ahorro exterior por parte de los sujetos pasivos institucionales españoles, la normativa específica está contenida principalmente en el R.D. de 10 de julio de 1.978, nº 1.851.

Sección II.- ELEMENTOS REALES DE LAS OPERACIONES DE IE.

Cabe identificar, dentro del amplio contenido que abarcan los "aspectos reales" de las operaciones de IE, dos grandes apartados, referidos, el primero, a -- los medios de pago o aportaciones, mediante los cuales el inversionista extranjero satisface la contraprestación que corresponde a la adquisición de la propiedad de los valores mobiliarios en los que se materializa su inversión; y el segundo, dedicado, precisamente, a un aspecto peculiar de estos mismos títulos a través de los cuales se acredita -- la titularidad de la IE tanto con relación al sujeto pasivo de la inversión, como frente a terceros de cualquier -- condición. Nos referimos al régimen legal aplicable en el Derecho internacional privado, de acuerdo con las normas impuestas por nuestro C.c. y los criterios doctrinales -- mantenidos sobre la materia.

Ambos temas serán los analizados en ésta -- Sección.

I.1. Introducción.

Como contrapartida de los derechos que adquiere, el inversionista extranjero ha de satisfacer un "precio" que se concreta en la aportación de medios de pago al sistema económico nacional.

En éste apartado de la Sección nos vamos a -- ocupar, exclusivamente, de las diferentes modalidades que pueden revestir dichas aportaciones y del mecanismo legal para su inserción en nuestro sistema, reservando el estudio sobre las formas de acreditar documentalmente su realización para la Sección siguiente de éste mismo Capítulo -- donde, precisamente, se tratan los aspectos "formales" de las operaciones de IE.

El legislador de cada país, desde el momento -- mismo que admite la IE, se ha tenido que ocupar de perfilar que medios de pago considera aptos como constitutivos del precio de la IE, cuestión ésta que se presenta como -- una de las más interesantes de toda la problemática que -- abordamos.

En éste sentido, la normativa española sobre el tema arranca desde el mismo momento en que se pretenden regular, con carácter general, las IE en nuestro país. Ello sucede con la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria nacional, de 24 de noviembre de 1.939, en cuyo art. 5º se admiten como medios de pago: 1º) en el caso de adquirir -- participaciones en el capital social, que la IE se traduzca en aportación de "divisas cotizadas en España (316) o

(316) Esta expresión tenía el grave defecto técnico de prestarse a ser interpretada en el sentido de que se permitía que una sociedad española adquiriese directamente las divisas aportadas, lo que no era posible al amparo de las normas de la O.N. de 16 de abril de 1.937 y de la ley de Delitos Monetarios de 1.939, y el párrafo primero del art. 31 de LSA.

(párrafo primero del apdo. a) (317); 2º) en el supuesto de las "obligaciones", se permitía la adquisición por medio - de la aportación de "maquinaria, herramental, patentes, privilegios y planos de procedencia extranjera necesarios para la implantación y desarrollo de la industria de que se trate, por su valor justamente apreciado en moneda del -- país de origen" (párrafo segundo del apdo. a) (318).

Con la aparición del D.L. de 27 de julio de - 1.959, desaparecen los conceptos anteriores (toda vez que el art. 5º de la ley de 1.939, en su totalidad, fué derogado; art. 13 del D.L. de 1.959), y, en su lugar, se alude - única y exclusivamente a "los capitales en moneda extranjera, admitida a cotización en el mercado español de divisas" (art. 1º) (319). Tan estrecho cauce de aportación (320) hubo de ser ya ensanchado por dos Decretos, ambos de 24 de - diciembre de 1.959: uno específicamente dictado para las - IE materializadas en valores mobiliarios, en el que se ad- mitía la aportación de "pesetas procedentes de la conver--

(317) Con éstas aportaciones se podía alcanzar, cuando ello era factible, hasta el 25% del capital social (art. - 5º, a).

(318) Es curioso observar el criterio con que la ley de -- 1.939 establece ésta posibilidad, toda vez que el párrafo segundo del apdo. a) del art. 5º dispone expresamente que "con independencia de la participación en el capital activo, el Estado podrá autorizar a las empresas acogidas a los beneficios de ésta ley para concertar la adquisición de maquinaria, herramental, pates, privilegios y planos de procedencia extranjera necesarios para la implantación y desarrollo de la industria de que se trate, por su valor justamente -- apreciado en moneda del país de origen y en forma de obligaciones de la empresa, amortizables en un periodo no inferior a diez años, siempre que éstas aportaciones no excedan del 20% del capital social".

(319) Practicamente se trata de una copia literal del contenido del art. 1º de la ley italiana de IE de 7 de febrero de 1.956: "capili in valute estere, accettate - in cessione dallo lifficio italiano dei cambi".

(320) Refrendado en el art. 1º del D. de 30 de septiembre - de 1.959, por el que se desarrollan algunos preceptos del D.L. fundamental, de 27 de julio del mismo año.

sión de divisas extranjeras negociables en el mercado español o pesetas que tengan la consideración de convertibles"; el segundo, sobre IE destinadas a la modernización, ampliación o creación de empresas españolas, en el que se admiten los siguientes medios de aportación (art. 1º): a) transferencia de divisas extranjeras, admitidas a negociación en el mercado español; b) aportación de equipo capital de origen extranjero, cuya valoración será la que se fije a efectos de derechos arancelarios; c) aportación de pesetas procedentes de beneficios o capitales que tengan, legalmente, la condición de transferibles al exterior en divisas extranjeras; d) aportación de pesetas que, de acuerdo con la legislación monetaria, tengan la consideración de convertibles, y e) aportación directa a la empresa española, previa autorización y valoración por el Ministerio competente, de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación (321). Por su parte, la O.M. de 15 de marzo de 1.962, dictada especialmente para regular las IE en valores mobiliarios previamente circulantes, se refiere a las aportaciones realizadas con "pesetas procedentes de la conversión de divisas extranjeras negociables en el mercado español o con pesetas convertibles" (apdo. 1,1), así como -para el caso de las personas físicas extranjeras residentes en España- a las efectuadas con "pesetas que no reúnan las condiciones anteriores" (apdo. 1,2).

El legislador de 1.974, al refundir tan abigarrado conjunto normativo regulador de las inversiones de capital extranjero en nuestro país estimó, con acierto, - que una de las cuestiones esenciales que debía abordar -- era, precisamente, ésta de las aportaciones, ya que en -- las disposiciones hasta entonces vigentes la dispersión,

(321) Sobre la calificación jurídica de ésta disposición y encuadramiento como fuente del Derecho, nos remitimos a VERDERA E., Aportaciones directas extranjeras a S.A. españolas, en Rev. Derecho mercantil; Madrid, 1.966, nº 99; págs. 23 y ss.

prete un panorama complicado en sumo grado.

Se acomete la tarea legal partiendo de una - distinción de los medios de pago que los clasifica en dos grandes apartados: por un lado, las aportaciones o "capitales exteriores" en razón, principalmente, a su origen - extranacional; por otro, a los "capitales interiores", es decir, los generados en España que, en ciertas hipótesis, según tendremos ocasión de exponer, pueden utilizarse como pago de las IE realizadas. Y de ahí que el art. 2º del RIE (que desarrolla, a su vez, el contenido del artículo del mismo número de la LIE) establece: "1. Las IE podrán realizarse: a) mediante aportación dineraria exterior en los supuestos y formas que a continuación se determinan; b) aportando directamente a una Empresa equipo capital de origen extranjero; c) aportando directamente a una Empresa asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación extranjera; d) con cualquier otro medio, previa autorización administrativa. 1.1. Se considerará aportación dineraria exterior la que se efectue con los siguientes medios: a) contravalor en pesetas de divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español; b) pesetas procedentes de saldos de cuentas extranjeras en pesetas convertibles; c) en cualquier otro supuesto que la reglamentación sobre transacciones y transferencias con el exterior lo permita. 1.2. La valoración del equipo capital de origen extranjero, que habrá de ser empleado por la propia empresa, será, como máximo, la que fije a efectos del pago de derechos arancelarios. Su importación habrá de ser autorizada por los Organismos competentes. 1.3. La aportación de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación extranjeras, habrá de hacerse previa autorización de sus contratos y su valoración por los Organismos competentes. 2. Las IE podrán, asimismo, realizarse mediante la utilización o aportación de capitales interiores, cuyo valor tenga la consideración de "pesetas interiores" o de

pesetas ordinarias. 1.1. A estos efectos, las personas jurídicas extranjeras, con exclusión de sus establecimientos en España, y las personas físicas no-residentes, españolas o extranjeras, podrán utilizar los saldos de sus cuentas extranjeras en pesetas interiores, previa autorización administrativa. 2.2. Las personas físicas extranjeras, residentes en España, podrán utilizar, con el mismo fin, sus fondos en pesetas ordinarias".

I.2. El "control de cambios".

Todos los conceptos que acaban de enumerarse, alcanzan su plena significación y sentido, cuando son referidos -en su contenido y efectos- a unas normas específicas, de ordinario muy complejas (322), adoptadas prácticamente en todos los países y, por supuesto, en el nuestro, bajo la rúbrica especial de "legislación de control de cambios".

El régimen legal de las IE, no puede desprenderse de su intrínseca relación con el régimen de control de cambios (323), y de ahí que, aunque brevemente, incluyamos algunas consideraciones generales sobre ésta concreta normativa.

A) Concepto jurídico del "control de cambios".

(322) CARTOU L., El mercado común y el Derecho público, cit.; pág. 166.

(323) RODRIGUEZ SASTRE, Las obligaciones en moneda extranjera, cit.; pág. 214. Por su parte CARREAU, JUILLARD y FLORY (Droit international économique, cit.; págs. 388 y ss.), ponen de manifiesto esta íntima conexión al referirse a la liquidación de las IE, al señalar que si la liquidación está constituida por el conjunto de las operaciones a través de las cuales el inversionista extranjero moviliza sus aportaciones, y éstas pertenecen al terreno de la reglamentación de las IE, la "repatriación" -que incluye el conjunto de las operaciones de conversión y de transferencia de las citadas aportaciones- se refiere, esencialmente, al campo de la reglamentación de cambios.

financiero, debida al argentino COSTANTINI (324), comienza el autor por subrayar las dificultades que se oponen a la formulación de una definición del control de cambios, porque la heterogeneidad de sus causas y finalidades complican extraordinariamente la labor. Y a ésta idea no se evade la doctrina jurídica.

No obstante, entre los juristas, se pueden encontrar algunos conceptos que delimitan la cuestión -- acertadamente. Así, para GOLDMAN (325), a la vista del derecho comparado, la "reglamentación de cambios es el conjunto de reglas de Derecho (legislativas, reglamentarias o jurisprudenciales) que tienden, en cada Estado, a someter al control de los poderes públicos los movimientos (cualquiera que sea su origen: ley, contrato, testamento, delito y cuasicontrato) de bienes o valores (cualquiera que sea su naturaleza: instrumentos de pago, valores mobiliarios, créditos, bienes corporales muebles o inmuebles) susceptibles de afectar los recursos del Estado en medios de pago internacionales, o simplemente la estabilidad de su moneda nacional". LEMKIN (326), por su parte, se refiere al "conjunto de reglas jurídicas que restringen la libertad de acción de los individuos en el ámbito de los medios de pago, que someten al control de órganos instituidos por el Estado, tanto el movimiento internacional de los pagos como las transacciones en medios de pago extranjeros sobre el mercado internacional, y que permiten al Estado administrar el fondo de divisas de la economía nacional según un plan que consiste en la creación de un centro de disposición de esos fondos, a -

(324) Control de cambios; Buenos Aires, 1.951; págs. 19 y 23.

(325) Reglamentation des changes et Droit international privé, en Le contrôle des changes, cit.; pág. 48.

(326) La réglementation des paiements internationaux; Paris, 1.929; pág. 41.

claves de la restricción de los pagos internacionales considerados útiles a los intereses de la economía nacional y a la satisfacción de las necesidades, mediante la concesión de divisas, que únicamente se estiman precisas e indispensables".

A nuestro entender, el "control de cambios" - podría definirse como el conjunto de normas legales -del - más variado rango y condición- que, en cada país, regulan fundamentalmente, los aspectos monetarios de carácter internacional que se derivan de la formalización de toda clase de actos, negocios, transacciones y operaciones.

B) Origen y evolución de la normativa especial del control de cambios.

El origen de las disposiciones que, específicamente, regulan -tanto a nivel interno como internacional- las numerosas cuestiones que conllevan los movimientos internacionales de capital, no responden a causas diferentes de las que ya se expusieron al tratar del nacimiento del - Derecho económico -interno- y del Derecho económico internacional.

La necesidad de preservar el orden económico en cada país, y el de la comunidad internacional en su conjunto, constituyen el fundamento, la causa, el origen del nacimiento de toda ésta abigarrada y compleja legislación económica.

Aunque se haya mantenido que el régimen jurídico del control de cambios tiene sus precedentes en la -- era mercantilista y premercantilista (327), es lo cierto -

(327) NUSSBAUM A., Derecho monetario nacional e internacional; Buenos Aires, 1.954, pág. 614; EINZIG (Fines y medios de política monetaria; Barcelona, 1.964, pág. 291) cree reconocer precedentes en la antigüedad clásica, concretamente en España, señalando como la primera evidencia legislativa de restricciones de cambios en el "Estatuto de Stepney" -Inglaterra- del año 1.299.

en la década de los años veinte de nuestro siglo, cuando los desajustes económicos que siguieron a la primera guerra mundial, impelieron prácticamente a todos los países -beligerantes y neutrales- a buscar la defensa de sus respectivos signos monetarios, de sus balanzas de pagos, surgiendo así un complicado entramado de normas que dificultaron en un grado elevado el desarrollo de los movimientos internacionales de capital, según tuvimos ocasión de exponer en el capítulo segundo de éste trabajo (328). La crisis mundial de los años 1.929 y siguientes, agudizó la política de intervención de cambios en cada país, lo que se tradujo en un insospechado entorpecimiento de las relaciones económicas internacionales, reflejo del cual fueron las actitudes aislacionistas y autárquicas que caracterizaron la vida económica de tantas naciones en la vigilia de la segunda guerra mundial (329). Como ha apuntado SELLESLAGS (330), desde 1.940 se abre un periodo caracterizado por un empleo generalizado de las reglamentaciones de cambios, lo que torna dificultoso el desenvolvimiento del comercio y de la inversión internacional.

Ante tal estado de cosas, los mismos Estados trataron de reaccionar utilizando el procedimiento de los acuerdos internacionales, como la única fórmula útil capaz de poner un poco de orden en el desolador panorama mo

-
- (328) Para un conocimiento de la cuestión en USA, Inglaterra, Canadá, Francia, Bélgica e Italia, nos remitimos a BONET CORREA O., El control de cambios y las obligaciones monetarias; Roma, 1.967; págs. 12 y ss., donde se reseña abundante bibliografía extranjera.
- (329) Sobre las modalidades adaptadas, nos remitimos a EINZIG, Fines y medios, cit.; págs. 295 y ss., y también a NEURRISSE A., Les reglements internationaux, Paris, 1.972, págs. 37 y ss.
- (330) Les controles des changes et les accords des paiements internationaux, en la Rev. de la Universidad de Bruselas, año 1.952; pág. 310.

(1.922) y Londres (1.933 y 1.935) (331), aún con su matiz esencialmente político, constituyen los precedentes inmediatos de la conferencia celebrada en Bretton Woods -New Hampshire, USA- (1 al 22 de julio de 1.944), hito esencial en el camino de la ordenación en éste terreno económico, y de la cual surge el Fondo Monetario Internacional, en cuyo convenio constitutivo (332) se especifica que "reconociendo que el fin esencial del sistema monetario internacional es establecer un marco que facilite el intercambio de bienes, servicios y capital entre países y que impulse un crecimiento económico firme, y que un objetivo primordial es fomentar las condiciones básicas y ordenadas necesarias para la estabilidad económica y financiera, los países miembros se obligan a colaborar con el Fondo y entre si para asegurar regímenes cambiarios ordenados y promover un sistema estable de tipos de cambio" (art. IV, Sección 1ª). Los acontecimientos desarrollados en los años que siguieron a la creación del Fondo son demasiado conocidos para que nos debamos detener en su exposición (333).

España no fué la excepción de la regla general. Pese a mantenerse neutral en la guerra europea, las primeras medidas adoptadas para controlar nuestro signo

-
- (331) Como señala SOMMARIVA (Il sistema monetario internazionale; Milán, 1.970; pág. 4), ya en el siglo pasado se inició la costumbre de las Conferencias monetarias de carácter internacional, cupiendo a Francia el honor de iniciarlas, con la de 1.867, a la que siguieron otras celebradas en 1.878, 1.881 y 1.892.
- (332) Aprobado y firmado en la Conferencia de Bretton Woods -1.944- entró en vigor el 27 de diciembre de 1.945 y ha sido modificado por la Res. nº 23-5 de la Junta de Gobernadores del Fondo -31 de mayo de 1.968- y en 30 de abril de 1.976.
- (333) Una esquemática y clara exposición puede verse en -- MARCHAL J., Le système monétaire international de Bretton Woods aux changes flottants 1.944-1.975, Paris, s/f.

riosamente, referidas a los valores mobiliarios. Un R.D. de 14 de junio de 1.916 prohíbe -salvo excepciones- la introducción en el país de valores extranjeros, con objeto de evitar "que emigren los capitales españoles, en daño - del desenvolvimiento de la riqueza nacional y que le resten al Estado medios para realizar ... aquellas operaciones de crédito que los intereses públicos demanden" (preámbulo) (334), y otro R.D., de 11 de agosto de 1.918, al -- propio tiempo que confirma la prohibición anterior, establece el estampillado y registro de los valores extranjeros existentes en España y prohíbe su cotización oficial en las Bolsas españolas.

En la evolución del control de cambios en nuestro país podrían deslindarse cinco etapas, que abarcan -- desde 1.928 hasta el momento actual (335).

La primera etapa se inicia con una tímida intervención del mercado de cambios, establecida por la Dictadura de Primo de Rivera con la creación, por el -- D.L. de 25 de junio de 1.928 del Comité Interventor -- del Cambio (336), cuya única misión consistió en defen

- (334) Un día antes -13 de junio de 1.916- se dicta otro R.D. que constituye una de las primeras disposiciones específicas sobre IE: la que obliga a convertir en nominativas las acciones al portador de las S.A. navieras - (arts. 1º a 3º), a dar cuenta de su transferencia a la Administración (art. 4º) y limitar el porcentaje de participación extranjera al 25% del capital social (art. 5º).
- (335) Antecedentes legales remotos en materia monetaria ya se encuentran en disposiciones dictadas en las Cortes de Valladolid de 1.307; en la Novísima Recopilación - (Libro IX: Ley X, Tit. XII; ley I, Tit. XIII; Leyes - II a XX, Tit. XXII). Vid. COLMEIRO, Historia de la economía política en España, Madrid, 1.965, tomo I, - págs. 446 y ss.
- (336) Medida que abstractamente ya preveía la ley de Ordenación Bancaria de 29 de diciembre de 1.921, en su Base 7ª: "en caso de que el Gobierno, con arreglo a las facultades que las leyes le concedan, por espontáneo y singular acuerdo o en virtud de concierto internacional en el que participe España, decida ejercer una -- acción interventora en el cambio internacional y en la regularidad del mercado monetario, el Banco de Es-

ternacional (337). Pese a la declarada utilidad del -- control de cambios preconizada en el "Dictamen de la -- Comisión nombrada por R.O. de 9 de enero de 1.929, para el estudio de la implantación del patrón de oro" -- (338), en octubre de 1.929 se pone fin a la intervención, ya que los efectos logrados no respondieron a -- las esperanzas depositadas en las medidas que se adoptaron. El R.D. de 16 de abril de 1.930 disuelve el Comité creado dos años antes.

La segunda etapa comienza con la caída de la Dictadura, y la vuelta a la intervención al crearse, -- por R.D. de 14 de julio de 1.930, el Centro Regulador de Operaciones del Cambio, con una característica nueva: el control no se ejercerá esporádicamente, sino de una manera continuada y permanente. El Centro tiene como misión el centralizar, por todos los medios que sea posible, las operaciones de cambio de moneda, y concretamente autorizar determinadas operaciones, inspeccionando y verificando las que, sobre divisas, efectue la Banca (339). Diferentes disposiciones dictadas sobre --

pañá, si ésta intervención se efectúa por su mediación o con su intervención, participará en la misma proporción que el Estado en las operaciones a que dicha política da lugar".

- (337) La entrada en España de capitales extranjeros a cierto plazo -esencialmente especulativos- en los años -- 1.926 y 1.927, y su fulminante salida con deterioro del valor de la peseta, forzaron -al decir de OLAGUERA (La intervención de cambios en España, Madrid, 1.939)- éstas medidas.
- (338) Este trabajo, "quizás el más luminoso que existe sobre el problema de la peseta", al decir de SARDA -La intervención monetaria y el comercio de divisas en España; Barcelona, 1.936; pág. 12- y "uno de los documentos de más imprescindible consulta para todo investigador de la economía española ... cuya íntegra elaboración se ha atribuido siempre al Profesor FLORES DE LEMUS", según indica VELARDE -Política económica de la Dictadura; Madrid, 1.973; pág. 226-, se encuentra íntegramente publicado en la Rev. Información Comercial Española, febrero de 1.960. Sobre su contenido y antecedentes, nos remitimos a TALLADA J. M., Economía monetaria española (ed. en catalán), -reimpresión; Barcelona, 1.974; págs. 85 y ss.
- (339) El Centro estaba facultado para autorizar las operaciones de compra-venta a plazos de monedas extranjeras, las aperturas de cuentas de crédito y las operaciones de dobles, así como para investigar la situación de los Bancos en relación con los mercados de divisas y establecer el régimen de justificaciones -- para obtener las autorizaciones necesarias.

en la materia. De entre éstas, merece destacar el R.D. de 31 de agosto de 1.930, por el que se crea el Centro Oficial de Contratación de Moneda, en el cual se centralizan todas las operaciones sobre divisas, teniendo como comitente único a toda la Banca (R.D. de 7 de septiembre de 1.930) (340). Como puso de relieve SARDA -- (341), con el funcionamiento simultáneo de ambos organismos "queda creado un nuevo régimen monetario, que tiene por finalidad conseguir la regularización en el sistema de pagos al exterior y el monopolio de divisas, cuyo instrumento ha de ser al propio tiempo el bravo -- ejecutor de las medidas de intervención en el mercado que acuerde el Gobierno". Las necesarias medidas de orden práctico acordadas produjeron unos efectos altamente positivos, tan solo quebrados por la desconfianza -- que en el extranjero produjo la proclamación de la República, con la que se abre otra etapa en la evolución que comentamos.

La etapa "republicana", tercera en la evolución que sintetizamos, se inicia con la fusión en un sólo organismo de los dos que funcionaban con anterioridad: la O.M. de 21 de mayo de 1.931 dispone que, en adelante "quedarán fusionados en uno solo, que regirá bajo la denominación de "Centro Oficial de Contratación de Moneda" los dos organismos que hasta ahora venían actuando en todo cuanto se relacionaba con los asuntos de cambio (art. 1º).

De entre las numerosas disposiciones que se dictaron en ésta época (vgr.: 16 mayo 1.931, 21 mayo 1.931, 25 mayo 1.931, 29 mayo 1.931, 3 junio 1.931, 25 junio 1.931, 17 julio 1.931, 18 julio 1.931, 1 y 2 octubre 1.931, 28 enero 1.932, 30 enero 1.932, 11 marzo 1.932, 3 junio 1.932, 15 junio 1.932, 1 julio 1.932, 13 agosto 1.932, 17 diciembre 1.932, 20 diciembre 1.932, 5 enero 1.933, 16 enero 1.933, 2 noviembre 1.933, 7 septiembre 1.934, etc.), sobresalen, fundamentalmente, dos: el D. de 29 de mayo de 1.931 y la ley de 17 de diciembre de 1.932. En el primero (342) se estableció el régimen general de operaciones sobre divisas, señalando

(340) Con ésta disposición se perfila el papel que, en adelante, correspondería a la Banca en éste campo: instituciones intermediarias entre los clientes y el Centro o delegadas de éste.

(341) La intervención monetaria, cit.; pág. 23.

(342) Recoge las prescripciones del importante R.D. de 10 abril 1.931. Vid. VADELLOS J.A., La balanza comercial y el cambio de la peseta, en Rev. Nacional de Economía; Madrid, 1.931.

las operaciones prohibidas (343) y las que requieren --
previa autorización del Centro para su realización --
(344) y subrayando: 1) la centralización de las opera-

(343) A tenor del art. 1º queda prohibida: 1º) La adquisición de valores mobiliarios extranjeros, no admitidos a cotización, en las Bolsas Oficiales de España, salvo aquellas emisiones que hubieran sido puestas en circulación en el interior del país con autorización del Gobierno. 2º) La compra de divisas en el extranjero, remesando pesetas desde España, salvo lo dispuesto en el número 4º del presente artículo. 3º) La posesión de divisas extranjeras por la Banca privada. 4º) La exportación de oro, plata en monedas, billetes del Banco de España y extranjeros, en cantidad superior a 5.000 pesetas, y en la forma y alcance con que lo prohíben la Real orden de 11 de octubre de 1.930 y la Orden ministerial de 17 de mayo actual. 5º) El envío por Giro postal internacional de cantidades superiores a 1.000 pesetas o el fraccionamiento de tales envíos al solo efecto de exceder dicho límite. 6º) La apertura de créditos en pesetas con garantía de divisas oro. 7º) La especulación en "futuros" por personas o entidades que no se dediquen habitualmente al tráfico o elaboración de la mercancía de que se trate. 8º) La transferencia a plazas extranjeras de divisas que no hayan sido adquiridas conforme a las disposiciones de esta Ordenanza. 9º) La salida del territorio español de títulos de la Deuda pública, de valores mobiliarios de todas clases y de los resguardos de depósitos de unos y otros. 10º) El seguro sobre operaciones de correo certificado que cubran un valor que exceda de 50 pesetas oro.

(344) Requieren la previa autorización (art. 2º): 1º) La adquisición de inmuebles sitos en el extranjero. 2º) La aportación de capital español a negocios establecidos en el extranjero. 3º) La apertura de créditos en pesetas a favor de extranjeros o españoles residentes en el extranjero. 4º) La retención de divisas por los exportadores de mercancías procedentes de España, pasados los ocho días siguientes a su cobro, y la retención de iguales divisas, pasado el mismo plazo, procedentes de cobro de cupones de valores extranjeros o cualquier otro concepto. 5º) La constitución, renovación y liquidación de dobles en moneda extranjera. 6º) La pignoración de bonos oro en garantía de préstamos concedidos por el Tesoro, conforme a lo dispuesto en la Real orden de 24 de julio de 1.930. 7º) La constitución y amortización de créditos oro otorgados en el extranjero a particulares o entidades residentes en España. 8º) La adquisición de divisas para gastos de turismo en el extranjero cuando su importe exceda de 5.000 pesetas. 9º) El pago de diferencias en contra como resolución de operaciones de compra de mercancías extranjeras a plazos, hechas por comerciantes e industriales que se dediquen habitualmente al tráfico o elaboración de las mercancías de que se trate. Se demostrará la habitualidad mediante el pago de la contribución industrial correspondiente. 10º) Las divisas a plazos. 11º) Las entregas de pesetas para ser acreditadas en cuentas de súbditos o entidades españolas re

ciones de divisas, en todas sus formas, en el propio Centro (art. 8º), 2) la función intermediadora de la Banca (art. 10º), 3) la imposición de sanciones -penales y administrativas- para los infractores (art. 17º), así como 4) la inspección y vigilancia y 5) el conocimiento estadístico de toda ésta materia. La ley de 1.932 sometía a la legislación especial sobre contrabando y defraudación a los actos y omisiones que infrinjan o perturben los preceptos relativos a las funciones que se atribuyen al Centro Oficial de Contratación de Moneda (345).

La cuarta etapa puede identificarse, sustancialmente, con el dilatado periodo de autarquía en que se desenvuelve nuestro sistema económico, a partir de la guerra civil (es decir, 1.937-1.958).

Durante la guerra, dividido el país en dos zonas, la administración republicana continuó, mientras no acabó por desmoronarse totalmente, aplicando unos cánones de política económica similares a los hasta entonces utilizados (346), y siempre a través del Centro Oficial, formalmente extinguido, al fin de la contienda, por ley de 17 de mayo de 1.940. En el otro bando se impone el más férreo control sobre los movimientos de capital extranjero para lograr -como folklóricamente escribió UBIERNA (347)- "la mejora de la vida económica del país, respondiendo a la necesidad de mantener nuestra pesetas con aquella apreciación que corresponde al rango e importancia que hoy tiene España en la esfera internacional". Y así, asistimos a la publicación de un ingente cúmulo de disposiciones relativas al control de cambios (vgr.: 14 agosto 1.936, 15 diciembre 1.936, 14 marzo 1.937, 20 marzo 1.937, 16 abril 1.937, 5 julio 1.937, 17 agosto 1.937, 12 enero

sidentes en el extranjero. 12º) Los documentos de giro librados en el extranjero a cargo de personas que no sean comerciantes o industriales. 13º) La salida de cheques o cualquier otro documento de crédito expedido en el extranjero en divisas nacionales o extranjeras. 14º) El pago de todo cheque librado por cuenta correntista, con domicilio español, a cargo de Bancos o banqueros operantes en España, si ha sido negociado en el extranjero.

- (345) Un estudio de interés sobre éste periodo puede encontrarse en BENAVIDES L., La política económica de la Segunda República, Madrid, 1.972, y comentarios sobre éste tema, en concreto, en la Rev. España Bancaria, - Barcelona, Tomos I y II (años 1.932 y 1.933), III -- (1.934) y IV (1.935).
- (346) BENAVIDES, La política económica, cit.; págs. 163 y ss.
- (347) Régimen legal español de la moneda extranjera; Madrid, 1.942; pág. 61.

1.936, 1 abril 1.936, 25 marzo 1.937), algunas de las cuales han subsistido hasta el presente (D. 5 julio - 1.937, nº 313; ley de 24 de noviembre de 1.938 sobre "delitos monetarios"). El D. de 18 noviembre de 1.936 creó el Comité de Moneda Extranjera, cuya existencia concluyó con el fin de las hostilidades.

Las nuevas condiciones que planteó la reconstrucción del país, complicadas con la iniciación de la segunda guerra mundial y el aislamiento económico y político que implicó para España, preveían la -- instrumentación en pro de subrayar la nueva filosofía que, sobre el control de cambios, había surgido en los años inmediatos anteriores (348).

Como primera providencia, la Ley de - 25 de agosto de 1.939 extingue el Comité de Moneda Extranjera (art. 3º), creándose simultáneamente el Instituto Español de Moneda Extranjera -IEME-, entidad - de Derecho público dotada de personalidad jurídica -- (arts. 3º y 4º) al que se atribuyen las operaciones - que, con anterioridad, correspondían al Comité Interventor de Cambios y al Centro Oficial de Contratación de Moneda (349). Las operaciones monetarias con el exterior, se encuentran sometidas a su control, aplicándose principalmente las prescripciones contenidas en la ley penal y procesal de delitos monetarios, de -- 1.938, y el D. nº 313, de 1.937. La previa autorización del IEME constituye el principio rector para la realización de aquellas.

La última etapa se inicia con el D. - Ley de 21 de julio de 1.959, en el que se autoriza la convertibilidad de la peseta (art. 5º) (350) y se dispone la regulación del mercado de divisas, puntos éstos que se examinan específicamente con posterioridad. Los sucesivos "pasos legales" en favor de una mayor - liberalización del control de cambios, vinieron impues

(348) Sobre éste periodo, nos remitimos a la obra colectiva de CLAVERA, ESTEBAN, MONES, MONTSERRAT y ROS, Capitalismo español: de la autarquía a la estabilización; 2 tomos, Madrid, 1.973.

(349) Sobre el IEME, nos remitimos a UBIERNA, Régimen legal español, cit.; págs. 202 y ss.; BAENA M., Problemas - jurídico-administrativos del control de divisas en la nueva ley de Bases de Ordenación Bancaria, en Rev. Administración Pública, Madrid, 1.962, nº 38; págs. 381 y ss. Sobre sus operaciones, D. 24 noviembre 1.939, - por el que se aprobaron sus estatutos y para delegación de facultades en la Banca, el D. de 26 de octubre de 1.951.

(350) El D. de 15 julio 1.961, nº 1146, estableció la convertibilidad exterior de la peseta.

tos, no solo por la evidente mejora que experimenta nuestra economía en general, sino por la situación asumida por España, como miembro de organismos internacionales, tales como la OCDE o el F.M.I. (351).

En 1.973, con D.L. de 17 de julio declara extinguido el IEME, distribuyéndose las funciones que realizaba, entre el Ministerio de Comercio y el Banco de España, confiándose, en general, al primero, y concretamente a la DGTE, las funciones administrativas y al segundo las operativas y las relacionadas con los créditos financieros exteriores (D. 26 julio 1.973, nº 1.791). La nueva Ley de Control de Cambios, dictaminada por la Comisión de Comercio y Turismo del Congreso -cuyo texto ha publicado el Boletín Oficial de las Cortes en su nº 221, de 30 de diciembre de 1.978; págs. 4749 y ss.-, a falta solamente de su ratificación por el Pleno, deroga la Ley de Delitos monetarios de 1.938, con lo cual se cierra definitivamente el ciclo abierto al final de la década de los años cincuenta, iniciándose el que estimamos que deberá, presumiblemente, conocer la adhesión de España a la CEE y con ello, la definitiva consolidación de un régimen cambiario acorde -- con el del resto de los países que la integran.

En la actualidad, la legislación cambiaria española está constituida por la norma fundamental de la Ley de Delitos monetarios de 24 de noviembre de 1.938, en trance de derogación por la nueva Ley de Control de Cambios (B.O. Cortes, nº 221), y por un ingente cúmulo de Decretos, Ordenes ministeriales, Resoluciones y Circulares, que se irán mencionando en su lugar adecuado (352).

C) La legislación cambiaria: carácter y --

(351) En 1.958, España se adhiere al FMI y al BIRD (lo que acarreó la adhesión a sus dos Agencias especializadas: CFI y Asociación Internacional de Desarrollo, -ambas, en 1.960); en 1.959 a la OECE -que cambia su denominación por la actual de OCDE, en 1.962- y en 1.963 al GATT. Nos remitimos a RUIZ MORALES J.M., Incorporación de España a los organismos de financiación internacional, en la obra colectiva Las inversiones de capital extranjero en España, cit.; Tomo I, págs. 85 y ss.

(352) Un compendio de toda ésta materia puede verse en la obra editada por la Secretaria General Técnica de la DGTE, Legislación sobre control de cambios, Madrid, 1.978.

electos.

Es lógico que, teniendo en cuenta las circunstancias político-económicas que produjeron la adopción de medidas de control de cambios, todos los Estados -como señala VIGNES (353)- se hayan preocupado de establecer, - para su ejercicio, una base legal. Con ello, y por las específicas características que revisten las normas cambiarias, se ha insertado dentro del ordenamiento legal de cada país, un elemento nuevo, un tanto extraño y, hasta cierto punto, distorsionante, que no podía dejar de suscitar dudas y controversias, tanto en lo relativo al propio carácter de las disposiciones que lo conforman, como a los efectos que puede producir en el ámbito interno y en el internacional.

Por ello, bajo el epígrafe general establecido, examinaremos ambas cuestiones.

C.1. El carácter de la legislación cambiaria.

Es curioso observar como, ante un "hecho" legal de la magnitud del que comentamos, la doctrina extranjera (354) y nacional (355), con alguna rara excepción

(353) Organisation administrative du control des changes, en la obra dirigida por HAMEL-BERTRAND-ROBLOT, Le -- controle des changes; cit.; pág. 12.

(354) ROBLOT R., Reglamentation des changes et droit prive, en Le control des changes, cit.; págs. 25 y ss.; GOLD MAN, Reglamentation des changes et droit international prive, en Le control des changes, cit.; págs. 46 y ss.; NUSSBAUM, Derecho monetario, cit.; MANN F.A., The legal aspect of money, 3ª ed., Londres, 1.971; - SHUSTER M.R., The public international Law of money, Oxford, 1.973; SCHOO A.D., Régimen jurídico de las - obligaciones monetarias internacionales, Buenos Aires, 1.940; GIULIANO A., La cooperazione internazionale - in materia economica, nei sui aspetti giuridici, Milán, 1.965; TREVES, Il controllo dei cambi nel diritto internazionale private, Padua, 1.967.

(355) Vid. ALVAREZ y EGUIDAZU, Control de cambios, cit.; - tomo I; RODRIGUEZ SASTRE, Las obligaciones en moneda

identificar sus características más acusadas, sino de -- concretar cual sea el "lugar" que, dentro del ordenamiento legal, les corresponda.

Tal vez por tratarse de una cuestión eminentemente teórica la doctrina patria se limita, prácticamente de pasada, a consignar su carácter de "normas administrativas". Planteado el tema dentro del ámbito de -- las concepciones clásicas del Derecho, poco habría que -- oponerle. Pero, como señalabamos en la Introducción, las circunstancias han cambiado y con ellas, nuevas nociones han irrumpido, a veces violentamente, en los esquemas jurídicos durante tanto tiempo indiscutidos, produciéndose un movimiento de revisión que ha trastocado las ideas -- tradicionales.

Por ello, creemos precisa una labor de investigación sobre las características generales que presenta el abigarrado conjunto de disposiciones legales -- (357) que se agrupan bajo la rúbrica formal de "control

extranjera, cit.; BAENA, Problemas jurídico-administrativos, cit.; CASES A., El régimen de control de cambios, en la obra colectiva Las inversiones de capital extranjero en España, cit., págs. 225 y ss.; -- BAJO HERNANDEZ M., Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial, Madrid, 1.978, págs. 442 y ss.; MARTIN y SOSA, Derecho administrativo económico, cit.; págs. 94 y ss.; MANZANEDO-HERNANDO-GOMEZ - REINO, Curso de Derecho administrativo económico, -- cit.; págs. 491 y ss.

(356) BONET, Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa, en Anuario Derecho civil; 1.971, tomo XXIV-1; págs. 149 y ss.

(357) Señala BONET (El control de cambios, cit.; págs. 72 y ss.) -siguiendo la exposición de VIGNES- que los -- textos y normas de la reglamentación de cambios suelen ser de cuatro categorías: los textos legales que prevén las grandes líneas de la reglamentación (vgr.: el D. nº 313, la ley de Delitos monetarios, etc.), -- los textos de carácter reglamentario que detallan -- las operaciones prohibidas y autorizadas (vgr.: O.M. 20 de marzo de 1.937, la O.M. de 12 de enero de 1.938, etc.), las circulares a los banqueros e intermediarios (que prescriben las condiciones en que las demandas de autorización pueden ser presentadas, y las decisiones individuales que acuerdan o rechazan una derogación especial o una licencia.

de cambios

Si se analizan las normas cambiarias, pueden deducirse sin gran esfuerzo, las principales características que las conforman y que, a nuestro entender, son las siguientes:

1ª) Se trata de un conjunto de normas cuya finalidad esencial radica en servir como un valioso -- instrumento de la acción de gobierno, en el terreno de la política económica, en su proyección exterior. De aquí -- que se subraye el carácter instrumental de ésta normativa legal (358).

2ª) Su extraordinaria movilidad. La misma heterogeneidad legislativa y la inusitada minuciosidad -- que comporta, ya revela tal característica; nota que le -- viene impuesta por la misma necesidad de adaptación inmediata a las nuevas necesidades que, en el específico campo de su actuación, se producen a cada momento (359). Como tendremos ocasión de observar, la movilidad imprime una acusada imperfección técnica a las disposiciones sobre el control de cambios.

(358) La jurisprudencia italiana ha reafirmado, con profusión, éste carácter de la legislación cambiaria, señalando -sentencias de 13 de octubre de 1.970, 20 de enero de 1.974, etc.- que tienen por fin evitar el -- éxodo de capitales del territorio nacional, y por -- consiguiente, la depauperación monetaria del país, -- procurando, al mismo tiempo, aprovisionar al Estado de la moneda exterior necesaria para las relaciones comerciales con otros países (vid. Rev. Banca, Borsa e Titoli di credito, tomo II/1.971, pág. 374 y tomo II/1.974, pág. 277).

(359) Escribe ROBLOT (Reglamentation des changes et droit prive, cit.; pág. 44) que el derecho de control de -- cambios es un "derecho de casos particulares", donde las desigualdades privadas abundan bajo el manto del interés general. No es raro ver las transacciones so bre ciertas divisas sometidas a un régimen diferente del normal; una misma moneda es a menudo objeto de -- múltiples cotizaciones según la naturaleza de las -- operaciones a las que se refiera; etc.

LEMKINS (360), ésta reglamentación implica una evidente -- restricción de la libertad de acción de los individuos en lo referente al movimiento de los medios de pago internacionales; restricción que encuentra su fundamento en la necesidad sentida, actualmente, por todos los Gobiernos de -- proteger el orden público económico, general, tanto a nivel interno como internacional (361); se trataría de un -- conjunto normativo incluído en las genéricas "leyes de policía", si se adopta la terminología de nuestro C.c. (art. 8º, 1).

4ª) Su carácter sancionador. Las disposiciones sobre el control de cambios, por la misma finalidad -- que persiguen, están fuertemente impregnadas de un contenido punitivo, tanto en aspectos eminentemente administrativos, como en otros esencialmente penales.

En la escasa doctrina extranjera que se ha atrevido a calificar ésta legislación especial, expresa o implícitamente, se consideran genéricamente, como normas -- "imperativas" que, por sus finalidades específicas, son -- "normas económicas y políticas" (362), o también, aplicando el criterio clásico, como "normas de orden público" (363).

En nuestro país, se adhiere a la primera --

(360) Droit penal en matiere de devises, en Rev. Giustizia Penale; Roma, 1.939, pág. 433.

(361) SHUSTER (The public international Law, cit.; pág. 31), citando a FAWCETT, distingue entre "control de cambios" (exchange control) y "restricción de cambios" -- (exchange restrictions), señalando que las "restricciones" responden a la idea de controlar los movimientos de moneda, bienes y servicios, con el propósito de proteger los recursos financieros de un país, mientras que los "controles" tienen un campo de aplicación más amplio. En éste sentido, las "restricciones" no son sino una faceta del control de cambios.

(362) KNAPP, Journal Clunet; 1.938, nº 65; pág. 967.

(363) Vid., por ejemplo, BARTIN, Les dispositions d'ordre public, en Rev. Droit International et Legislation - Comparée, 1.897; págs. 392 y ss.

idea CORREA (364), mientras que PECOURT (365) entiende que la calificación atribuible dependerá de cada sistema estatal, dadas las diversas especies de normas que pueden quedar afectadas al régimen de control de cambios: penales, administrativas, etc.

Las características anteriormente apun-
tadas, no han dejado de sopesarse, y quizás sobrevalorarse, por algún autor concreto, como es el caso de LARRAZ en España, el cual, agotando el desarrollo de las mismas, ha --
llegado a considerar que las normas cambiarias constituyen el contenido propio y específico de una nueva rama del Derecho -a la que denomina "Derecho valutario"- cuyas consecuencias se dejarían sentir muy acusadamente sobre el propio contenido de las instituciones jurídicas conformadas - por otras ramas del Derecho (366).

Esta atomización del Derecho no parece -
adecuada. Una acomodación de las disciplinas clásicas a --
las necesidades presentes es, por el contrario, un criterio más acertado. En éste sentido, las normas de control -
de cambios, responden plenamente al esquema que señalába--
mos al tratar de la nueva disciplina jurídica que, en la -
Introducción, se analizó e identificó con la denominación de Derecho económico (367).

(364) El cumplimiento de las obligaciones monetarias, cit.; págs. 13-14.

(365) Jurisprudencia española de Derecho internacional privado, en Rev. Española de Derecho internacional, 2ª -
época; 1.964; Vol. XVII, nº 4; pág. 597.

(366) Dictamen sobre la quiebra de la Barcelona Traction -
-8 de enero de 1.954-, citado por RODRIGUEZ SASTRE, -
Las obligaciones en moneda extranjera, cit.; págs. -
77 y ss., y nota nº 151. Recientemente se ha publica-
do en la Rev. Derecho Privado un confuso artículo de
ELIYAHU HIRSCHBERG en el que vemos utilizado el tér-
mino "Derecho monetario": El Derecho monetario en la
era de los conflictos y de la inestabilidad moneta--
ria; diciembre 1.978; págs. 1074 y ss.

(367) Este mismo criterio es sustentado por BAJO FERNANDEZ,
Derecho penal económico, cit.; pág. 433, para el cual
"el control de cambios es una manifestación más del
llamado Derecho económico". En el mismo sentido RUI-

JACQUEMIN y SCHRANS (368) ya proponían en su esquema de materias, como propias del Derecho económico, la "reglamentación de los cambios internacionales" y en los "Rapports" de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre "derecho económico" en los diferentes países - (369) se incluyen lógicamente como tales.

No obstante, creemos que no cabe dar por agotado el tema una vez alcanzada la conclusión anterior, sin poner de relieve un último matiz. Como señala SHUSTER (370) "las restricciones cambiarias, prima facie, constituyen una parte integrante de la política monetaria interior y, por tanto, eran consideradas como materia de carácter esencialmente interno, fuera de los límites de la regulación internacional. Durante la depresión de los años treinta y en los tiempos de la última guerra mundial, sin embargo, un gran número de restricciones fueron utilizadas por un gran sector de la comunidad de naciones con un resultado perjudicial para el comercio y los pagos internacionales, lo que produjo la aparición de la necesidad de lograr alguna forma de regulación internacional en éste terreno. En consecuencia, desde los primeros años de la década de los treinta, la regulación de las restricciones de cambios ha suscitado mayor interés en el seno de la comunidad internacional, y, sobre todo, puede admitirse con certeza que es, en la parcela de la soberanía monetaria - del Estado, donde el Derecho internacional, particularmente en las dos décadas últimas, ha logrado su mayor impacto".

Este tratamiento internacional del tema de

(368) Le droit économique, cit.; págs. 94-95.

(369) Nos remitimos a la Introducción, notas números 83 a - 87 y además Report on the Economic Law of the United Kingdom, Comisión de las Comunidades Europeas, Vol. 5, 1.974, págs. 68-69 y Rapport sur le droit économique danois, Vol. 6, 1.976, págs. 69-73.

(370) The public international Law, cit.; págs. 2-3.

ter "nacionalista cien por ciento" de la normativa cambiaria, la cual, "llegaría a destruir sus propios fines sino hiciera concesiones que pueden llevar a una cooperación monetaria en el campo internacional, por más limitada y difícil que ella pueda resultar" (371).

De ahí que lo que, en principio, fueron - atenuaciones del rigor cambiario sobre la base de convenciones bilaterales (vgr.: cláusulas de nación más favorecida; acuerdos sobre tipos especiales de cambio -"pegging -- agreements"-; los acuerdos de pagos -tratados de clearing-, acuerdos de trueque ("barter agreements") o de moratoria - ("stand-still"); etc.), haya cedido el puesto a sistemas - más completos de cooperación multilateral en el campo monetario (372).

Aunque existen precedentes al respecto, - ya citados con anterioridad, es la Conferencia de Bretton Woods la que sienta los fundamentos del tratamiento, a través de una nueva óptica, de las relaciones monetarias internacionales, incidiendo de manera especial en la normativa cambiaria de los diferentes países que se adhirieron al Acuerdo institucional del FMI, y de los que, posteriormente, han ido alcanzando la cualidad de miembros de éste organismo.

Los miembros del Fondo están "vigilados" en todo cuanto se refiere a su conducta monetaria en el plano internacional, incluso en sus relaciones con Estados no miembros, hasta un punto tal que el art. IX, Sección 10 de

(371) Derecho monetario, cit.; pág. 705.

(372) Una relación de los Tratados que, desde 1.921 hasta - 1.968, se han firmado sobre la materia, tanto bilaterales como multilaterales, puede verse en SHUSTER, -- The public international law, cit.; págs. 321 y ss.

propios territorios, las medidas que sean necesarias para dar "dentro de los términos de su propia ley", eficacia a los principios establecidos en dicho artículo, o lo que es igual, "incorporarlos" a sus respectivas leyes nacionales, a su derecho interno. Para los Estados miembros, el Acuerdo del FMI es obligatorio, en el plano internacional, y en todo su alcance. Es interesante anotar que el Fondo tiene "armas" suficientes para forzar el cumplimiento de sus normas por parte de los países miembros, bien a través de una limitación al uso de sus recursos, o por la declaración -temporal o permanente-"no elegibles" para usar recursos del FMI, y aún, por la publicación de informes sobre las condiciones económicas o monetarias de un miembro o mediante su exclusión como -- tal (373).

Se produce, de ésta forma, una evidente internacionalización de la normativa cambiaria, la cual, al menos en una de sus vertientes, está sometida a una especie de "control internacional" que coarta la libertad de acción de los países miembros del FMI, en materia de cambios.

Las normas sobre liberalización de movimientos de capital, acordadas en el seno de la OCDE, no significan sino un paso más en la internacionalización de la normativa del control de cambios (374).

(373) NUSSBAUM, Derecho monetario, cit.; págs. 728 y ss.

(374) El Código de Liberalización, se adoptó de conformidad con las previsiones del art. 4º de la Convención creadora de la OECE, bajo los auspicios del art. 14. El primer Código -18 agosto 1.950- se refirió solamente a la liberalización del comercio, en julio de 1.951, el Consejo adoptó un Código de liberalización de operaciones visibles e invisibles, constituyendo ésta última parte -desde 1.961- el hoy conocido como "Código de liberalización de movimientos de capital".

ha dejado de analizarse por la doctrina, aludiéndose a la existencia de un verdadero "Derecho internacional público de la moneda", con reflejos directos en la normativa interna de cada país (375), y que afecta tanto al área del Derecho internacional privado como al Derecho público interno.

Pero si recordamos los argumentos apuntados sobre el Derecho económico y el Derecho económico internacional, las consecuencias del hecho descrito, vendrían a obligarnos a insertar la normativa cambiaria, dentro de ésta última disciplina, lo cual puede ser cierto hasta un determinado punto.

En las disposiciones sobre el control de cambios se podrían detectar dos vertientes: por una parte, la interna, que haría referencia a la regulación de la materia desde el punto de vista del orden público interno - (376); por otro lado, no cabe ignorar que se produce una proyección hacia el exterior de las normas, siempre y cuando éstas deban surtir determinados efectos fuera de las fronteras del país que las promulga (377). En el primer aspecto, la normativa de control de cambios, como "derecho esencialmente territorial" se integraría en el ámbito del Derecho económico; bajo el segundo matiz, tendría su lugar lógico entre las normas del Derecho económico internacional.

(375) SHUSTER, The public international Law, cit.; págs. 73 y ss.

(376) En éste sentido, las normas sobre infracciones y delitos monetarios referidos a cesión de divisas, pagos a no-residentes, exportación de moneda española, etc.

(377) Cumplimiento de obligaciones en el exterior (vgr.: pago dividendos en los empréstitos internacionales y -- problemas derivados de éstas situaciones; obligación de depósito de títulos extranjeros por parte de españoles no-residentes, etc.).

La legislación cambiaria despliega sus efectos en múltiples direcciones, afectando tanto al ejercicio de los derechos privados, como a la eficacia jurídica de los negocios que contempla y, aún, a su posible aplicación extraterritorial (378). Bajo éste triple prisma haremos referencia al tema.

C.2.1. Restricciones al ejercicio de los derechos privados.

Como señala ROBLOT (379), las consideraciones de política económica que inspiran la reglamentación de cambios pueden entrañar atentados cada vez más graves al ejercicio de los derechos privados. Todos los países en que existe el control establecen unas limitaciones, más o menos numerosas, dictadas en nombre del orden público, o la libertad contractual: un determinado número de actos son prohibidos por principio, y los particulares no pueden realizarlos (si es que pueden) hasta que ellos sean especialmente autorizados por los organismos encargados de promover y controlar la política gubernamental. A menudo a éste control inicial se superpone otro que afecta a las condiciones de ejecución de los actos autorizados y, en los países en que la situación es particularmente crítica, no se llega a dudar en sacrificar las prerro-

(378) CANDELA (Delitos monetarios y contrabando y defraudación, en la obra Las inversiones de capital extranjero en España, cit.; tomo II, pág. 532) escribe que "el fenómeno de control de cambios supone una interferencia del Estado en el comercio internacional y en las formas de pago de los particulares residentes en naciones distintas, sustituyéndose el carácter de Derecho privado de las relaciones internacionales comerciales para dar entrada a un Derecho público".

(379) Reglementation des changes et droit privé, cit.; pág. 27.

el bloqueo y la requisa de ciertas utilidades privadas, en beneficio de la colectividad.

De acuerdo con el sentir del autor francés, estimamos que la legislación cambiaria afecta muy directamente al principio de la autonomía de la voluntad, - fundamentalmente, limitándolo en tres órdenes de cuestiones:

a) Exigiendo autorización para realizar determinados actos. Si se atiende a los diferentes aspectos del control, éstas limitaciones pueden ser clasificadas en tres rúbricas, que afectarían:

1º) a la utilización por los particulares de medios de pago internacionales;

2º) al movimiento de mercancías (importación y exportación) y de capitales (control de los pagos internacionales);

3º) a la adquisición y transmisión de ciertos elementos constitutivos del patrimonio nacional. En éste aspecto las operaciones de IE deberían considerarse incluidas en la normativa del control de cambios, de la que formarían parte las disposiciones que específicamente se refieren a la IE.

No obstante, estimamos que la admisión de la idea anterior solo es válida donde -como en el caso de Francia- la normativa sobre IE está incluida en la de control de cambios (380). En nuestro país una y otra regla

(380) Esta inclusión ha sido criticada por ANSELME-RABINOVITCH, Le Traité de Rome et la réglementation française des investissements, en Rev. Banque; febrero de 1.970, nº 282, pág. 127. Señala éste autor que los movimientos de fondos de un país a otro ha dejado de --

parte ambas del entramado legal del Derecho económico -in terno o internacional, según la opinión que se mantenga-, aunque condicionada la normativa de IE, de manera determinante, por la de control de cambios.

b) Imponiendo una serie de condiciones jurídicas para la ejecución regular de los actos a los -- que, de alguna manera, se refiere la reglamentación de -- cambios.

Fundamentalmente, la modificación de -- las condiciones jurídicas de la ejecución puede provenir:

1º) de la exigencia de intervención -- obligatoria de intermediarios en las operaciones de ejecución (vgr.: bancos o entidades delegadas de la Administración); y

2º) de la imposición coactiva de ciertas condiciones en la forma de pago (vgr.: la moneda, el lugar, la fecha). La imposibilidad objetiva de su observancia plantearía toda la compleja temática relativa a la "liberación del deudor", bien por causa de fuerza mayor (381), o pór "modificación" de las condiciones pactadas (382), - provocadas, a título de ejemplo, por la denegación de di-

ser el rasgo distintivo de las IE, porque, en la actualidad, lo que las caracteriza es la penetración de un interés extranjero en la economía nacional. El control, por la normativa de IE, de las operaciones de las sociedades nacionales controladas por extranjeros, según A. RABINOVITCH, revelan la certeza de la afirmación anterior.

(381) Nos remitimos a CORREA, El control de cambios, cit.; págs. 158 y ss. Nuestro T.S. se ha inclinado, en general, por la respuesta negativa, en las pocas sentencias en que ha abordado el tema: 3 julio 1.936, 16 mayo 1.941, 4 julio 1.944.

(382) Vid. ROBLLOT, Reglamentation des changes et Droit privé, cit.; págs. 40 y ss.

c) Limitando a veces la capacidad de disponer, en beneficio exclusivo de la colectividad, al exigir la reglamentación de cambios, por ejemplo, el bloqueo de patrimonios extranjeros, el depósito obligatorio de -- ciertos activos (vgr.: valores mobiliarios) o medios de -- pago (vgr.: divisas) --con el fin de conocer la situación en que se encuentra el patrimonio nacional- y aún la cesión de unos y otros, en determinadas circunstancias.

Tan importante es el impacto de la normativa cambiaria sobre los tradicionales principios rectores de la contratación que, con referencia a nuestro Derecho positivo, HERNANDEZ GIL (384) ha podido escribir que "el art. 1170 del C.c. no ha sido expresamente derogado, ni -- en general ni en su proyección sobre las deudas en moneda extranjera. Pero entre el significado inicial del precepto y el que resulta de conjugarle con la legislación especial en materia de divisas, median profundas diferencias. Lo ocurrido, sencillamente, es que se ha pasado de la zona de la preponderante autonomía de la voluntad en que -- quedaba enmarcada la materia, a la de la predeterminación normativa. El pacto ha cedido su primacia a la ley".

No obstante, a pesar de admitir éstas -- ideas generales, creemos que el tema merece ser profundizado, con objeto de intentar establecer los límites reales de los efectos que la normativa cambiaria produce sobre el principio de la autonomía de la voluntad. Así lo -- hacemos en el epígrafe siguiente.

C.2.2. Repercusiones de la reglamentación

(383) Vid. BONET, El cumplimiento de las obligaciones monetarias, cit.; págs. 44 y ss.

(384) Derecho de obligaciones, Madrid, 1.960; tomo I, pág. 199.

de cambios sobre la eficacia jurídica de los actos reglamentados.

ROBLOT, en el excelente trabajo que nos sirve de guía (385), escribe que las autorizaciones y los procedimientos de la reglamentación de cambios constituyen normas de Derecho público que alteran la pureza de -- las relaciones privadas; pero que ésta alteración se concibe bajo formas diferentes: puede acontecer que la reglamentación pública aparezca como un revestimiento que se superpone al Derecho privado sin modificar sus soluciones, o -- puede entrañar, por el contrario, modificaciones profundas en el derecho común aplicable a las obligaciones y contratos.

El tema se presenta en toda su crudeza al examinar, primero, la validez de los negocios formalizados sin cumplir los requisitos establecidos en la legislación cambiaria (principalmente la falta de autorización) y, en segundo lugar, la influencia de ésta normativa sobre la liberación del deudor.

a) Eficacia de los negocios jurídicos formalizados incumpliendo los requisitos impuestos por la normativa del control de cambios.

En el ámbito de la legislación y la doctrina comparadas, se advierten tres posiciones fundamentales -- que dan respuesta al tema planteado.

a.1. El criterio de la nulidad.

Los negocios concluidos conculcando la le-

Esta conclusión es defendida, sobre todo, por NUSSBAUM (386), y gran parte de la doctrina italiana (387) para los cuales la presunción de nulidad afecta a la esencia misma de los negocios formalizados en contra de las prohibiciones contenidas en las normas sobre control de cambios. La jurisprudencia alemana confirma, - constantemente, este criterio (388).

Ahora bien, su admisión general no implica que exista uniformidad en el tratamiento del mismo. Así, en ciertos ordenamientos jurídicos la nulidad es absoluta, insubsanable (Grecia), mientras que en otros se admite la posibilidad de regularizar el acto, bien porque las partes han previsto ésta circunstancia (389) o, simplemente, porque se han cumplido los requisitos de la ley de control de cambios con posterioridad. En éste supuesto, - los efectos pueden tener carácter retroactivo, o se entienden referidos al momento del cumplimiento de las condiciones cambiarias.

(386) Vid. Teoría jurídica del dinero, Madrid, 1.929, pág. 104 y Derecho monetario, cit.; págs. 632-633.

(387) Vid. SALVATI, La violazione della legge valutaria, en Rev. Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1.966, Vol. II, págs. 99 y ss.; SANTINI, Cambio, en el Novissimo Digesto Italiano, Turin, 1.958, tomo II, págs. 99 y ss.; - TONDO, Contratti bancari, Roma, 1.959, tomo III, págs. 222 y ss. En la doctrina francesa defiende ésta tesis ANSELME-RABINOVITCH, La réglementation des changes et son influence sur les contrats internationaux, en Rev. Gazette du Palais, Paris, 1.955, págs. 57 y ss.

(388) La jurisprudencia francesa, por su parte, parece admitir este criterio (sentencias de 17 de enero de 1.972 y de 22 de enero de 1.975) contradiciendo el sentir contrario de la mayoría de la doctrina gala.

(389) Porque las partes los hayan formalizado bajo condición, expresa o implícita, de que el permiso será acordado; o a los convenidos en la creencia honesta de que no era necesario tal permiso (en tal caso la condición debe resultar del contrato). La Exchange Control Act inglesa, de 1.947, contiene disposición especial sobre éste punto (NUSSBAUM, Derecho monetario, cit.; pág. - 633).

misión generalizada puede constituir un ataque a la regularidad del tráfico jurídico y a la buena fé que debe presidirlo, toda vez que representaría, para el contratante de mala fé, un medio cómodo para invalidar el negocio e incumplir las operaciones que juzgue perjudiciales (390). Por otra parte, la consecuencia de la nulidad por violación de una norma de orden público, conduciría a la imposibilidad de obtener el resarcimiento de los daños (391).

a.2. El criterio de la validez.

Los negocios concluidos con violación de las normas cambiarias comportan la aplicación de sanciones de carácter público, pero no están afectados, en absoluto, respecto a las relaciones de derecho privado. Tal es el caso -como expone ROBLLOT (392)- de Suiza. Si es verdad que el art. 20 del Código federal de las obligaciones prescribe la nulidad de los contratos cuyo objeto es ilícito, ésta nulidad debe resultar claramente, o al menos implícitamente, de la ley transgredida. Ahora bien, la mayoría de las disposiciones sobre "clearing" se limitan a prever que el deudor que ejecuta voluntariamente una convención contraria a tales normas se libera en el terreno del derecho privado, no sucediendo así en el plano del derecho público; de donde resulta que una convención de tal carácter debe ser considerada como válida en las relaciones privadas. Igual sucede en Dinamarca.

a.3. El criterio de la eficacia condicionada.

(390) PUGLIESE M., Clausola di pagamento all'estero e nullità del contratto, en Rev. Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1.951, Vol. II, págs. 272 y ss.

(391) SASSO, I titoli obbligazionari in valuta estera, cit.; pág. 194, nota 106.

(392) Reglamentation des changes et droit privé, cit.; pág. 37.

y de las legislaciones de tipo francés, la obtención obligada de una licencia afecta a la ejecución del contrato, pero no a su conclusión o formalización. El contrato alcanza su fuerza obligatoria por el simple acuerdo de voluntades, y tan solo la operación material de su cumplimiento supone una autorización administrativa. Tal es el pensamiento expresado por ROBLOT (393), el cual arguye, como un sostén de su idea, la doctrina establecida por una sentencia de la Corte de Casación francesa, de 27 de enero - de 1.947, en la cual el Tribunal no puso en duda la validez de un contrato de venta concluido entre una sociedad francesa y otra belga, ya que distinguió claramente entre el "acto de disposición" (que tiene validez propia, toda vez que se observaron en su formalización las normas sustantivas competentes) y su "realización" (que quedaba sometida a autorización administrativa). La conculcación de las reglas de control de cambios afectan únicamente a ésta "realización", excluyendo cualquier otra consecuencia sobre la validez del negocio concluido entre las partes - observando las normas del Derecho común. Este mismo criterio es defendido por ECK (394), que señala como el campo de la legislación sobre cambios está limitado a las modalidades de ejecución de los pagos, es decir: a la determinación de la moneda efectiva de pago y a las variedades que puede adoptar la transferencia (395).

A nuestro entender, el criterio defendido - por estos autores parece el correcto porque, sin descono-

(393) Reglamentation des changes et droit privé, cit.; pág. 29.

(394) Citado por SASSO, el cual, a su vez, también mantiene ésta idea en su obra I titoli obbligazionari, cit.; -- pág. 190.

(395) Se refiere, por tanto, tan solo a la llamada "moneda de pago", pero no afecta a la "moneda contractual o de valor" (MANN, The legal aspect of money, cit.; -- pág. 188 y ss.).

luntad, somete su ejercicio al interés general en los aspectos en que, su admisión incondicionada, provocaría la conculcación de aquel.

a.4. Posición de la doctrina y la jurisprudencia españolas.

La escasa doctrina española que ha analizado el tema (396) se adhiere, en general (397), al criterio - que hemos calificado como de "eficacia condicionada", en base, principalmente, a estos dos argumentos:

1º) El carácter de las normas de la reglamentación de cambios: estas "tienen solamente un carácter adjetivo respecto de las que preordenan el negocio jurídico privado; no han sido dadas para establecer un elemento constitutivo de dichos negocios jurídicos y de los contratos, ni han pretendido sustituir ni alterar las normas comunes ni sustantivas que los regulan; tan solo se refieren a un aspecto parcial de los mismos, a la habilitación que impo

(396) RODRIGUEZ SASTRE, Las obligaciones en moneda extranjera, cit.; págs. 91 y ss.; CORREA, El control de cambios, cit.; págs. 112 y ss.; La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios, - en Anuario Derecho civil, Madrid, 1.960, tomo XIII, - Vol. I, págs. 262 y ss., y en Los Actos contrarios a la norma y sus sanciones, en Anuario Derecho civil, - 1.976, tomo XXIX-1, págs. ; LORENTE, El Registro de la Propiedad y la ley de Delitos Monetarios, en la obra colectiva Estudios en Honor del Prof. Castán Tobeñas; Pamplona, 1.969; tomo IV, págs. 461 y ss.; LUCAS, Contratación en España, cit.; Vol. I, págs. 349 y ss.

(397) Rechazan este criterio, sugiriendo que por infracción de las disposiciones cambiarias, hacen ilícita la obligación pactada en moneda extranjera si previamente no se ha obtenido autorización administrativa: BELTRAN DE HEREDIA J., El cumplimiento de las obligaciones, - Madrid, 1.960, pág. 246; GARRIGUES, El dinero como objeto de la actividad bancaria, en Rev. Derecho mercantil, 1.958, nº 67, pág. 28; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil, Barcelona, 1.959, pág. 388.

ne el poder público en cuanto al ejercicio de una activi
dad concreta respecto de las monedas y divisas que han -
de traspasar las fronteras del país. Se trata, pues, de
sancionar e imponer unas determinadas condiciones de he-
cho en cuanto a las consecuencias que se derivan del ejer-
cicio de derechos que implican un negocio jurídico patri-
monial cuya prestación consiste en moneda o valores ex-
tranjeros. Con las normas de control de cambios no se ha
pretendido alterar el régimen de los contratos, aunque -
como consecuencia de dicho control se produzca un cierto
condicionamiento de la relación negocial hasta que se ob-
tenga una licencia o autorización. Es que la reglamenta-
ción de cambios no pretende ir más allá de sus finalida-
des concretas como son la defensa de la moneda nacional,
su estabilidad como medida de valor patrimonial en las -
transacciones nacionales e internacionales, por lo que -
también se trata de la defensa de su balanza de pagos; -
de aquí que se prohíba la salida de capitales, valores y
divisas sin el control debido. Para intimidar la volun-
tad de los ciudadanos en éste sentido le ha bastado san-
cionar su conducta omisiva en cuanto a la obtención de -
una licencia o autorización, sin necesidad de declarar -
una nulidad del negocio que implica la transacción mone-
taria; de aquí su carácter meramente penal que caracteri-
za dicha legislación de control de cambios. La imposición
de una pena a los infractores es expresa y concreta en -
esta reglamentación de cambios, mientras que nada se di-
ce sobre la nulidad del negocio jurídico subyacente" --
(398).

El régimen de control de cambios no aten-
ta a la libertad de contratación en el marco del Derecho
privado. Bastará considerar que aquella es la fuente co-
mún o principal de los diversos conductos por los que -

(398) BONET, Negocios jurídicos en moneda extranjera, cit.;
pág. 169.

pueden afluir divisas a los Estados. El régimen de control, como su mismo nombre indica, fiscaliza, examina y vigila - los movimientos de divisas, para evitar el desplazamiento ilícito de capitales y corregir el deficit de la balanza - de pagos, exigiendo determinadas formalidades, a la cabeza de las cuales figura la autorización, y sancionando las infracciones. Recordando la teoría romana del "título" y del "modo", inspiradora de nuestros Cuerpos legales en materia de propiedad y derechos reales, cabría considerar -salvan- do las naturales diferencias- que la libertad de contrata- ción afecta al título y las restricciones de control de -- cambios al modo y, más exactamente, a la modalidad del pa- go (399);

2º) la inaplicabilidad del principio que sanciona la nulidad de los actos contrarios a la ley. Dicho - principio está consagrado en el C.c. que en la anterior redacción de su Título preliminar, establecía -art. 4º- la - nulidad de "los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo en los casos en que la misma ley ordene su validez", precepto éste que en la redacción otorgada al mismo Título por la ley de 31 de mayo de 1.974, ha sido sustituí- do por el párrafo 3º del art. 6º, a tenor del cual "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibiti- vas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

Ciñéndonos al contenido del antiguo art. 4º del C.c., el argumento utilizado por los defensores de su inaplicabilidad al supuesto que analizamos, no dejaba de - ser un tanto forzado. El art. 4º estaba formulado de modo general e incluído en el Título preliminar, cuyo contenido es aplicable a toda clase de leyes, lo que -al decir de -- CASTRO (400)- afecta tanto a las que, por su naturaleza, -

(399) RODRIGUEZ SASTRE, Las obligaciones en moneda extranje- ra, cit.; págs. 94-95.

(400) Derecho civil, cit.; Vol. I, pág. 598.

pertenezcan al derecho público o al privado, y a todas, cualquiera que sea su rango, exceptuándose tan solo las disposiciones de carácter excepcional y las que carezcan del valor de normas sustantivas (401). Si la normativa del control de cambios es esencialmente de carácter adjetivo (402), la conclusión se alcanzaba fácilmente: no cabía aplicar el contenido del art. 4º del C.c. (403).

(401) CASTAN (Derecho civil español, cit.; Vol. I, 9ª ed., pág. 392) al comentar la sentencia del T.S. de 29 enero 1.915, subraya como el art. 4º se aplicaba tan solo a normas de verdadera eficacia sustantiva y no a normas secundarias.

(402) Señala CORREA (El control de cambios, cit.; pág. 113) que "el carácter meramente adjetivo de la legislación sobre divisas se deriva de la esencia reglamentaria y administrativa que la entraña, así como del alcance de su propio contenido. Tal sistema normativo no regula, ni contiene ningún precepto que disponga sobre los elementos constitutivos de los negocios jurídicos o de los contratos; tampoco pretendió sustituir ni alterar las normas comunes o sustantivas que los regulan, sino que tan solo adjetivamente se ha referido a un aspecto parcial de los mismos, incidiendo sobre la ejecución del contrato a propósito de la modalidad de pago, en cuanto su finalidad específica es lograr un efectivo control sobre el dinero. Se ha tratado, pues, de imponer y sancionar unas determinadas condiciones de carácter administrativo y penal en cuanto a las consecuencias que se derivan del ejercicio de los derechos que implica un acto o negocio jurídico patrimonial, o más concretamente, que tienen por objeto una transmisión de dinero (moneda, divisas, valores, etc.). Por lo tanto, dichas normas no fueron dirigidas a alterar el régimen de las obligaciones y contratos, ni del negocio jurídico en general, con prescripciones o sanciones al efecto. Sin embargo, las normas impuestas, que hacen necesaria la autorización para la traslación del dinero, inciden sobre la modalidad de pago con ciertas consecuencias empíricas o materiales para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, según vamos a examinar más adelante. Dado que el régimen de control tan sólo pretendía prohibir la salida de capitales y divisas y valores que no fueran sometidos a su inspección, le bastaba, para intimidar la voluntad de sus ciudadanos sancionar su conducta desde un aspecto meramente delictivo; de aquí el carácter penal que caracteriza dicha legislación. La imposición de una pena y no la sanción de nulidad del negocio es patente en nuestro ordenamiento y así se advierte de un modo concluyente; de lo contrario, el legislador hubiera adoptado una forma explícita más precisa".

(403) A éste argumento se unía el que detallaban las sentencias del T.S. de 19 octubre 1.974 y 8 marzo 1.966, en el sentido de señalar que el art. 4º del C.c., aparte de que se limita a formular un principio jurídico de

al apdo. 3 del art. 6º del C.c., técnicamente mucho más perfecta que la del anterior art. 4º (404), aclara extraordinariamente el tema.

El precepto vigente se refiere, única y exclusivamente, a dos clases de normas, las imperativas y las prohibitivas, que -como señala ALBALADEJO (405)- prácticamente se confunden puesto "que la norma prohibitiva es imperativa en el prohibir".

Que las disposiciones sobre control de cambios han de incluirse en ésta categoría de normas, parece fuera de toda duda; y que, por tanto, inicialmente, están sometidas al contenido del art. 6º, 3, del C.c. Tampoco es impugnable.

Ahora bien, la nulidad a que se refiere el C.c. no se produce por cualquier disconformidad del acto con la ley o por cualquier omisión de lo que ésta preceptue. Y no todo lo hecho contra la ley es radicalmente nulo, -- pues a veces la sanción que sufre el acto por su disconformidad con la ley es distinta de tal nulidad, o bien los efectos de dicha disconformidad son efectos que no consisten en invalidar el acto (406). Por ello, cuando en las propias disposiciones infringidas, se sanciona la infracción en forma tal -expresa o tácita- que no se produzca -

gran generalidad, lo que restringe mucho su eficacia práctica, no ha de ser interpretado con criterio rígido sino con criterio flexible, sin que quepa pensar que toda emisión de formalidades legales haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad, máxime en aquellos casos en que el problema que se suscita recae en realidad sobre una materia que reviste gran complejidad.

(404) Como ha puesto de relieve GONZALEZ BOTELLA P., El -- nuevo título preliminar del C.c., en Rev. Documentación Jurídica; Madrid, 1.974, nº 4, pág. 1185.

(405) Derecho civil; Madrid, 1.973; 3ª ed., tomo I; pág. - 157.

(406) ALBALADEJO, Derecho civil, cit.; tomo I; pág. 157.

te que la disconformidad con éstas no alcanza en sus efectos a más de lo que el mismo legislador dispuso (407). Y éste es el caso de la normativa del control de cambios, a tenor de la cual las infracciones dan lugar tan solo a la comisión de un delito monetario (408) y ahí se agotan los efectos que, ante su incumplimiento, surgen. Las últimas palabras del párrafo 3º del art. 6º del C.c. creemos que confirman ésta idea.

Por tanto, y resumiendo, hay que estimar que la falta de autorización en los actos que, según la normativa cambiaria, la requieran, no implica la nulidad civil de aquellos, sino tan solo la imposibilidad legal de cumplir lo acordado y, para el caso de que el cumplimiento - se llevase a efecto, el nacimiento de una infracción o de un delito monetario, según los casos (409). La autorización no debe considerarse, en ningún caso, como requisito de la validez del negocio.

La jurisprudencia española sobre ésta mate-

(407) Esta idea viene a coincidir con la expresada por DIEZ PICAZO (Fundamentos de Derecho civil patrimonial; Madrid, 1.970; Vol. I, pág. 473), para el cual "conviene distinguir según que lo sometido a previa autorización o licencia administrativa sea el contrato o - sea solamente la transferencia de moneda para llevar a cabo el pago. En éste último supuesto, si el contrato se ejecuta y el pago se realiza sin licencia o, no obstante la negativa de autorización, civilmente el pago es válido e irrepetible, aunque el acto sea sancionable en la vía penal. Sin embargo, cuando lo sometido a autorización administrativa sea el contrato, parece necesario discernir, en punto a la aplicación del art. 4º del C.c. (hoy el art. 6º, 3), si debe ser considerado como un acto realizado en contra de lo dispuesto en la ley y si le es aplicable el régimen de nulidad de acuerdo con el alcance que se deba atribuir a las normas que imponen la autorización. Si la conclusión en vía interpretativa fuera ésta última, el contrato deberá ser considerado como un contrato nulo, y la nulidad podrá ser abogada por cualquier interesado".

(408) BAJO, Derecho penal económico, cit.; pág. 480.

(409) Nos remitimos a la ley de control de cambios (B.O. de las Cortes, nº 221, cit.; arts. 6º y ss.).

ria no es numerosa, pero si esclarecedora al respecto.

La primera sentencia en la que se aborda la cuestión data del 3 de julio de 1.936 (410), en la cual - el Tribunal Supremo declara que las infracciones y violaciones de las normas cambiarias no pueden invocarse en el ámbito estrictamente civil, porque no pueden afectar a la eficacia jurídica y al cumplimiento del negocio.

En 3 de octubre de 1.957, y en plena vigencia de la ley de Delitos monetarios de 1.938, el Tribunal desestima, implícitamente, la aplicación del art. 4º del C.c. por infracción de tal norma penal específica (411).

Al poco tiempo, dicta el mismo Tribunal, la importante sentencia de 8 de abril de 1.958, en la que analiza la cuestión de una forma directa (412). Para el juzgador, la declaración de nulidad del acto formalizado, -- con incumplimiento de las normas cambiarias, no aparece -- clara y terminantemente expresada en tales disposiciones, "cuyo contenido revela que la autorización del IEME se ha exigido como medio de vigilancia, pero sin que se deduzca claramente que el propósito del legislador haya sido sancionarla con la nulidad de pleno derecho en negocio civil, provocando la consiguiente inseguridad en el tráfico jurídico".

(410) Se refiere a un caso en el que el deudor alegaba que el precio, expresado en marcos, era una operación prohibida por la normativa cambiaria, dando lugar a una violación, interpretación errónea y aplicación indebida de los arts. 1258, 1170 y 1116 del C.c.

(411) Esta sentencia ha sido comentada por BONET, Los fletes pactados en moneda extranjera, en Rev. Derecho mercantil 1.961, nº 79; págs. 147 y ss.

(412) Se trataba de un caso de compraventa de finca rústica, cuyo vendedor es un español residente en el extranjero (el cual actúa a través de apoderado). El demandante (comunero de la finca), alega la infracción del art. 4º del C.c. al infringirse los preceptos de la ley de Delitos monetarios (art. 1º, párrafos 16 y 17).

Como escribe CORREA (413), a pesar de las críticas que se pueden plantear a ciertos argumentos de ésta sentencia (414), en definitiva, la conclusión que se obtiene es la de proclamar la validez y eficacia de las obligaciones y contratos afectados por el régimen de control de cambios, independientemente de las sanciones penales que puedan implicar las conductas contrarias o violadoras de éste régimen (415). De no ser de éste modo es indudable que, por lo que afecta al acto en sí y a -- sus repercusiones respecto de los terceros, provocaría -- la consiguiente inseguridad en el tráfico jurídico y, -- además, podría ser un expediente de fraude mediante el -- cual las partes lo utilizasen para dejar incumplidos sus compromisos. Señala MOLINA RAVELLO (416) que, la doctrina establecida por ésta sentencia, implica una posición ortodoxa, natural y lógica, al proclamar que cualquiera de las intervenciones administrativas referidas no es -- más que una "conditio iuris" de la eficacia del contrato, no de su existencia, mientras no la reclame como tal una ley expresamente, so pena de nulidad absoluta.

b) Efectos que produce la normativa cambiaria sobre las operaciones de IE.

Aunque íntimamente relacionadas entre sí, porque ambas forman parte del Derecho económico, las disposiciones cambiarias y las normas que regulan la IE, -- tienen cada una su específica finalidad y, por tanto, su

(413) El control de cambios, cit.; pág. 119.

(414) Vid. CORREA, La validez de los contratos, cit.; págs. 262 y ss., y Negocios jurídicos en moneda extranjera, cit.; págs. 167 y ss.

(415) Esta idea puede verse desarrollada en MORENO MOCHOLI, La legislación de tasas y el contrato de compraventa, en Rev. General Legislación y Jurisprudencia; Madrid, 1.946, nº 180, págs. 456 y ss.

(416) La autorización administrativa en los contratos, en - Rev. Crítica Derecho Inmobiliario, Madrid, 1.960; pág. 702.

propia parcela de vigencia: a las primeras corresponde la disciplina de los aspectos monetarios de la IE; a las segundas, todos los matices que conlleva la inversión exterior desde el punto de vista de su control público permanente. Los aspectos privados de las operaciones de inversión (la compra de acciones; la constitución de una sociedad, etc.) caen fuera de su radio de acción porque pertenecen a los campos propios del Derecho civil o del Derecho mercantil.

La normativa cambiaria influye en las operaciones de IE, unicamente, en materia de aportaciones -fundamentalmente dinerarias-, reinversiones, transferencia al exterior de utilidades y en la repatriación de los capitales invertidos.

Sus efectos se manifiestan al establecer las condiciones en que, las operaciones reseñadas -aportación, reinversión, transferencia al exterior-, pueden ser efectuadas regularmente, es decir, sin que su realización de lugar a que se cometan infracciones administrativas o delitos monetarios. Estas "condiciones" se refieren tanto -al movimiento -físico o contable- de capitales, como a la forma -procedimiento- de acreditar su efectiva realización y, aún, al tiempo adecuado para ello.

En todos éstos aspectos de la ejecución o cumplimiento de las obligaciones formalizadas, deberá el intérprete de las disposiciones sobre IE, tener en cuenta, en su labor, la normativa cambiaria.

Pero ésta observancia de los preceptos cambiarios en la fase de ejecución de la operación de IE formalizada, implica la consideración y el análisis de una serie de cuestiones de cierta importancia, algunas ya mencionadas, entre las cuales sobresale la relativa a si debe considerarse cumplida la obligación -y el deudor libe-

las normas del control de cambios (vgr.: desde el ángulo de lo teórico, porque no se realice la conversión en moneda nacional, o desde el punto de vista práctico, porque - se haya efectuado una compensación privada entre las partes).

Así como en el Derecho suizo la cuestión parece que se encuentra perfectamente resuelta (417), las dudas surgen en la mayoría de los sistemas legales (418), sobre todo los de tipo francés (Italia, Bélgica, España), - en los cuales se acepta, como criterio general, "que en - todo pago realizado por métodos o medios prohibidos, las autoridades monetarias pueden oponerse y exigir un pago - oficial y legal, en caso de ser advertido. Se da, pues, - una "repetitio", careciéndose de "solutio retentio", al - producirse la retractabilidad del pago, puesto que se efectuó contra una prohibición legal, no pudiendo el deudor - reclamar a su acreedor aquello que ha pagado no liberatoriamente" (419).

(417) Como escribe ROBLOT (Reglementation des changes et - Droit privé, cit.; pág. 40), en la legislación suiza, para el cumplimiento de las obligaciones de conformidad con las normas de control de cambios, se distingue entre las obligaciones de Derecho público (relaciones de las partes y de los organismos de control) y las obligaciones de Derecho privado (relaciones entre las partes). De conformidad con ésta distinción, la compensación privada o el pago con inobservancia de las normas de control, afecta únicamente a las relaciones de Derecho privado, mientras que solo se cumplen las de Derecho público si se observan las disposiciones cambiarias, sin perjuicio de las sanciones de carácter administrativo o penal que correspondan.

(418) En Holanda, el pago efectuado con violación de la reglamentación de cambios no libera el deudor. Mantienen criterio opuesto, Dinamarca y Suecia. En Inglaterra no se admite, en principio, la liberación del deudor, pero al mismo tiempo se obstaculiza al acreedor, que ha sido parte en un acto ilícito, la facultad de reclamar, por segunda vez, el pago (ROBLOT, Reglementation des changes et Droit privé, cit.; pág. 42).

(419) CORREA, El control de cambios, cit.; pág. 151.

C.2.3. Ambito territorial de aplicación de la normativa cambiaria.

Como el criterio esencial, que enmarca la competencia de las disposiciones de control de cambios, viene constituido -en la inmensa mayoría de los países- por la "residencia" de los sujetos (personas físicas y jurídicas), se plantea, como lógica, la cuestión acerca de su ámbito espacial de competencia.

Dos posturas pueden reconocerse, sobre el tema:

a) La normativa cambiaria -como integrante - del Derecho público interno de cada Estado- no tiene aplicación más allá de sus fronteras y, por tanto, tampoco -- ninguna disposición extranjera, de tal carácter, será -- aplicada dentro del territorio nacional.

Esta exclusión, ha sido justificada con diferentes argumentos: 1) por razones de "orden público" (420); 2) por el carácter de "norma particular" (421); 3) por -- pertenecer a la esfera del "derecho público" extranjero - (422); 4) por aplicación de las normas generales de conflicto, principalmente, la del lugar del pago (423); a -- los que se podrían añadir la defensa contra el fraude de

(420) La sentencia del T.S. de 5 abril 1.965, esboza un concepto del orden público, al identificarlo con "los principios intangibles, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada". Nos remitimos, para el caso concreto del control de cambios a: NUSSBAUM, Derecho monetario, cit.; págs. 634 y ss.; RODRIGUEZ SASTRE, Las obligaciones en moneda extranjera, cit.; págs. 107 y ss.; GOLDMAN, Reglamentation des changes, cit.; pág. 67; WOLFF M., Derecho internacional privado, Barcelona, 1.958, págs. 448 y ss.

(421) NUSSBAUM, Derecho monetario, cit.; pág. 637.

(422) NUSSBAUM, Derecho monetario, cit.; pág. 637.

(423) NUSSBAUM, Derecho monetario, cit.; págs. 640 y ss.

b) La normativa cambiaria tiene carácter extra-territorial, es decir: en determinadas hipótesis la "lex fori" deberá tener en cuenta las disposiciones dictadas en el extranjero (424).

El fundamento de ésta opinión radica, esencialmente, no solo en la extraordinaria vaguedad de la misma noción de "orden público" (425), sino por aplicación de los principios normativos de solución de los conflictos de leyes en el país del foro (426), que pueden esta--

(424) Una visión de conjunto sobre el tema general de la aplicación de la ley extranjera, en MIAJA, Derecho internacional privado, 1.976, cit.; págs. 369 y ss.

(425) Como señala BISCHOFF (La competence du Droit français dans les reglements des conflits des lois; Paris, 1.959; pág. 173) "la noción de orden público debe ser adoptada sin cesar a las condiciones jurídicas, sociales o morales que reinan en una época determinada en el país del Juez al que se acude". También, en nuestra doctrina sobre la teoría general del orden público, como excepción a la aplicación de la ley extranjera, vid. MIAJA, Derecho internacional privado, -- 1.976, cit.; págs. 382-400; RUILOBA E., Sobre el concepto y delimitación del orden público en Derecho internacional privado, en Rev. General Legislación y Jurisprudencia, 1.974; págs. 655 y ss.; FRAGUAS MASIP R., Las excepciones a la aplicación del Derecho material extranjero normalmente reclamado, en Estudios de la Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1.977, tomo I, Vol. II, págs. 367 y ss.

(426) GOLDMAN, Reglamentation des changes, cit.; págs. 63 y ss. Señala éste autor que los Tribunales USA, tendrán en cuenta la ley extranjera si ésta es competente en virtud de los principios generales de la competencia y del conflicto de leyes, y que según la ley israelita de control de cambios -15 mayo 1.948- los Bancos no pueden tomar en consideración las prohibiciones impuestas por una ley extranjera, aunque, eventualmente, podrán considerarse cuando, por aplicación de los principios generales del Derecho internacional privado, sean competentes. Por su parte, el Instituto de Derecho internacional, en su Reunión de Wiesbaden en 1.975, admitió la posibilidad de que las reglas de Derecho público -calificables como de policía y seguridad- puedan ser aplicadas extraterritorialmente, o, al menos, sean tomadas en consideración por los Tribunales y autoridades de otro Estado (MIAJA, Derecho internacional privado, 1.976; pág. 525).

te para regular el contenido del contrato ("lex contrac--tus") o porque se le atribuya competencia como "lex loci solutionis".

Por lo que se refiere al Derecho español, los arts. 8º, 1 y 12º, 3 del C.c.(427), parecen excluir la posibilidad de aplicar la normativa cambiaria extranjera, ya que las disposiciones internas sobre la materia -que han de -estimarse como leyes penales y de policía, según ya anotamos- constituirían "reglas de aplicación inmediata", o de "aplicación necesaria" como prefiere denominarlas CARRILLO (428), que excluyen cualquier posibilidad de desplazamiento por el Derecho extranjero y, además, la excepción de -orden público, tal y como se concibe en el C.c., parece -cerrar todas las puertas a su interpretación restrictiva. Por ello, refiriéndose a éste último tema, escribe MIAJA (429) que "la fórmula es radicalmente tajante, y parece -estar en oposición con todas las tendencias que, por diferentes vías, pretenden limitar el alcance de la excepción. Si se interpreta literalmente, viene a confirmar el rigor extremado con que el T.S. ha interpretado casi siempre la excepción contenida en la ordenación anterior (430), frente al criterio más abierto que al aplicarla ha presidido las Resoluciones de la D.G. de los Registros. En otro aspecto, también nos alejamos del criterio restrictivo del ámbito de la excepción propio de la Conferencia de Dere--

(427) C.c., art. 8º, 1: "Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que -se hallen en territorio español"; art. 12º, 3: "en -ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público".

(428) Derecho internacional privado, Madrid, 1.976; 2ª ed., pág. 101.

(429) Derecho internacional privado, 1.976; cit.; pág. 537.

(430) En la redacción derogada del título preliminar del -C.c., art. 11, apdo. 3: "Las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y y las que tienen por objeto el orden público o las -buenas costumbres.

do en cláusula de estilo la de dejar sin efecto la aplicación de leyes extranjeras prescritas por cada Convenio cuando ésta aplicación sea "notoriamente" contraria al orden público, lo que impone a los Tribunales de los Estados vinculados por aquellos Convenios una interpretación restrictiva de la excepción". Pero, concluye el ilustre Catedrático, señalando que "una interpretación optimista de la simplificación de la fórmula legislativa adoptada para expresar la excepción podría conducirnos a pensar que ésta ha dejado de actuar en la zona de las antes denominadas "leyes prohibitivas", esto es, en la correspondiente a las reglas de "ius cogens" interno, sustraídas a la autonomía de la voluntad para los nacionales, pero susceptibles de ceder el paso a otras reglas diferentes comprendidas en el estatuto personal de un extranjero, cuando no atenten a las concepciones ... económicas protegidas por la excepción de orden público. Si ello es así, la reforma es acertada, aunque, en rigor, su contenido poca novedad ofrece respecto al criterio jurisprudencial anterior".

No obstante, aún orillado el inconveniente que representa la excepción de orden público si se admite - ésta última interpretación de MIAJA, parece insalvable el contenido del art. 8º, l. del C.c., precepto que -a tenor- de la Exposición de motivos del D. de 31 de mayo de 1.974, nº 1836- se entiende como un "postulado de ineludible observancia" que ha "dado lugar a un entendimiento inequívoco". El propio MIAJA (431) señala que, en efecto, así lo era hace muchos años, pero hoy la aplicación o toma en consideración del Derecho público extranjero, que no hace mucho tiempo sonaría a herejía jurídica, viene impuesta por la creciente intervención en la vida de los negocios de disposiciones administrativas, en materia monetaria, fiscal, antimonopolios,

(431) El Derecho público extranjero en el tráfico privado internacional, en Rev. Española Derecho internacional; 1.972; págs. 247 y ss.

de seguridad social, etc.; por lo que, cuando un tribunal español tenga que aplicar a un contrato una ley extranjera, falsearía ésta aplicación de limitarla a las reglas - de Derecho privado, sin tener en cuenta las de Derecho público que enmarcan aquellas.

C.3. La organización administrativa del control de cambios en España.

Con objeto de completar el rápido recorrido - que hemos efectuado por la normativa cambiaria española, no podemos concluir sin señalar el esquema básico de la organización que, en el ámbito de la Administración pública, está encargada de ejercer las actividades de toda índole que aquella le tiene atribuidas.

Si prescindimos de los primeros antecedentes legales, en parte ya indicados al exponer la evolución -- histórica del control de cambios, en España se organiza - toda ésta cuestión a partir de 1.939, con la creación del IEME -ley de 25 de agosto de 1.939-, entidad de derecho - público, dotada de personalidad jurídica, y dependiente - del entonces Ministerio de Industria y Comercio (432). El D. de 24 de noviembre de ese mismo año aprobó los Estatu-

(432) En la Exposición de Motivos de la ley de 1.939 se justifica su creación de la siguiente forma: "La fecunda experiencia lograda durante la guerra en materia de divisas y de comercio exterior, aconseja en el momento presente una reforma orgánica por demás justificada: la fusión bajo un mismo mando y en el cuadro de una misma disciplina de los dos servicios citados. Ofrecen ambas relaciones tan estrechas y se influyen tan recíprocamente, que una división de competencias ministeriales repugna a los principios de la buena organización. En tal coyuntura, es de todo punto necesario dar al organismo encargado de la administración de divisas el rango y condición jurídica que su propio fin impone. El Comité de Moneda Extranjera tiene que ser en lo futuro un Instituto dotado de personalidad y capacidad, en consonancia con la importante misión que en la economía nacional ha de cumplir. Y porque su función está más ligada a la economía del país que a los fines específicos de la Hacienda pública, es conveniente integrarlo en la línea jerárquica del Ministerio de Industria y Comercio".

tos por los que había de regirse, en cuyo art. 5º se especificaban prolijamente sus atribuciones y las operaciones propias de su función (433).

El D. de 14 de noviembre de 1.969, nº 2799 (434), dispuso la desmembración del IEME de las funciones de carácter operativo que ejercía en favor del Banco de España, restando atribuidas a aquel organismo las funciones de índole administrativa.

Esta situación perdura hasta el D.L. de 17 de julio de 1.973, nº 6, por el que se declara extinguido el IEME, pasando sus funciones a ser ejercidas -de acuerdo con la distribución realizada por dos Decretos, ambos de fecha de 26 de julio de 1.973, nº 1791 y nº 1794 y la O.M. de 6 de septiembre de 1.973- por el Banco de España y la -DGTE, creada en el Ministerio de Comercio (435).

Así pues, en la actualidad, la organización administrativa del control de cambios corresponde:

a) Al Ministerio de Comercio, que ejerce -

(433) Como han señalado ALVAREZ y EGUIDAZU (Control de cambios, cit.; tomo I, pág. 78) el IEME vino a cubrir un período importantísimo dentro de la historia de nuestro sistema de Control de Cambios. En la actualidad -buena parte de las normas que regulan la actividad -- bancaria y contable en el ramo de las divisas se encuentra en sus Circulares. La discrecionalidad de que gozaba este organismo, para autorizar o no las operaciones transaccionales entre residentes en España y -no-residentes, fué autolimitándose por dichas Circulares, al establecer no sólo una sistemática contable -sino también unas limitaciones a su propio poder discrecional.

(434) Dictado en cumplimiento de la Ley Bases de Organización del Crédito y la Banca (14-abril-1.962, nº 2), -en la que se autorizaba al Gobierno para que el movimiento de los pagos exteriores y la centralización de las reservas metálicas y de divisas pudiesen ser tragados al Banco de España, cuando se estimase oportuno (Base 2ª).

(435) El Ministerio de Comercio se creó por D.L. de 19 julio 1.951, al escindirse en dos el anteriormente denominado de Industria y Comercio (art. 2º).

sus funciones a través de la DGE (436), en la cual se integra de Junta de Inversiones Exteriores (437); y

b) al Ministerio de Hacienda, por medio de - las competencias atribuidas al Banco de España.

Coadyuvan en las labores administrativas que conlleva el control de cambios, una serie de instituciones financieras -Bancos, Cajas de Ahorro y Oficinas de cambio- a los que, en virtud del D. de 26 de octubre de 1.951, se les atribuyen "por delegación", determinadas facultades, - que varían según los supuestos (vid. O.M. de 25 agosto -- 1.959; Circ. IEME nº 203, de 21 julio 1.961; O.M. 28 julio 1.962; O.M. de 7 agosto 1.969; Circ. IEME nº 264, de 23 -- enero 1.970; etc.).

La plenitud de "delegación" se confiere unicamente a la Banca (tal y como se deduce de las normas citadas, y especialmente del apdo. 4º de la Circ. nº 264).

I.3. NORMATIVA ESPAÑOLA: Modalidades de aportación admitidas en las operaciones de IE.

Expuestos los aspectos generales que plantea la legislación del control de cambios, se analiza en éste epígrafe el contenido del art. 2º del RIE a la luz de la - normativa específica y pormenorizada que constituye la regulación cambiaria en nuestro país. Aplicando la terminología ya utilizada por la doctrina, podemos señalar que, en éste epígrafe, trataremos de concretar las condiciones legales de la "moneda de pago" de la IE.

(436) D. 26 julio 1.973, nº 1794; O.M. 26 octubre 1.973; D. 26 diciembre 1.975, nº 3635; O.M. 10 enero 1.976.

(437) Sustituye a la Oficina de Coordinación y Programación Económica (OCYPE) que funcionaba en Presidencia del - Gobierno, y a la que se atribuían competencias en materia de IE (D. 24 diciembre 1.959).

Para mayor claridad expositiva, efectuaremos primero, un análisis de todas las diferentes modalidades de aportaciones que el RIE autoriza, para posteriormente, hacer una referencia concreta a la posibilidad que en cada variedad de operación de IE proyectada deba, o pueda, utilizarse para su realización.

1.3.1. Los diferentes medios de pago que, genéricamente, son admitidos en las normas legales sobre IE.

La enumeración que contiene el art. 2º del -- RIE permite dos posibles clasificaciones, que ayuden a su mejor exposición.

Por una parte -atendiendo a su naturaleza- se pueden distinguir: las aportaciones dinerarias (apdos. 1, a; 1, d; 1.1.; 2; 2.1. y 2.2.) de las "no dinerarias" -- (apdos. 1.b.; 1.c.; 1.d.; 1.2.; 1.3.) y, aún dentro de éstas, entre las "patrimoniales" (apdos. 1.b; 1.2.) y las - aportaciones de elementos "inmateriales" (apdos. 1.c.; 1.d.; 1.3.). Por otra parte -si nos fijamos en el origen o fuente- hay que reparar las aportaciones "exteriores" de las "interiores" (438).

Si se combinan ambos puntos de vista, se puede obtener una distinción útil, a los efectos de exposición, que se persiguen. Así, el art. 2º del RIE, quedaría clasificado en la forma siguiente:

1. Capitales exteriores.

= Aportaciones dinerarias (apdo. 1.a, en

(438) Otra clasificación que se puede deducir del art. 2º, vendría representada por las aportaciones liberalizadas y las no liberalizadas, correspondiéndose -en general- con las primeras las dinerarias, hasta los toques de inversión libre, y con las segundas todas aquellas que precisan de autorización administrativa para realizarlas.

relación con el apdo. 1.1.):

- Divisas (apdo. 1.1.a.).
- Pesetas convertibles (apdo. 1.1.b.).
- Otros supuestos de aportación dineraria (apdo. 1.1.c.).

= Aportaciones no dinerarias.

- Equipo/capital (apdos. 1.b. y 1.2.).
- Tecnología (apdos. 1.c. y 1.3.).

2. Capitales interiores.

= Aportaciones dinerarias (apdo. 2.).

- Pesetas interiores (apdo. 2 y 2.1.).
- Pesetas ordinarias (apdo. 2 y 2.2.).

= Aportaciones no dinerarias (apdo. 1.d.).

De acuerdo con ésta sistemática, desarrollamos el tema a continuación.

1. CAPITALS EXTERIORES.

Como advertencia preliminar hemos de indicar - que, ante la inminencia de su aprobación y entrada en vigor, hacemos ya referencia a la nueva ley de control de cambios (LCC), anticipando de hecho la derogación de la Ley de delitos monetarios de 1.938, tal y como está previsto en la Disp. derogatoria primera de la LCC (439).

(439) Las enmiendas que se mantienen para su defensa en el pleno, presentadas por el Grupo parlamentario de la minoría catalana y los Partidos comunista y socialista, se consideran de escasa entidad y en nada afectan, por otra parte, a las disposiciones de la LCC que serán de aplicación en éste específico campo. (Vid. B.O. Portes, nº 221/1.978, págs. 4755-4756).

1.1.1. DIVISAS.

El RIE (art. 2º, apdo. 1.1.a) admite que las IE se realicen mediante la aportación del "contravalor de divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español". Al analizar el texto reglamentario hay que fijar la atención en las tres características de ésta "aportación" que resalta la norma transcrita: el concepto de divisa; las características de la divisa convertible y el régimen de convertibilidad.

A) El concepto de "divisa".

En un sentido amplio, "divisa" equivale a moneda extranjera referida a la unidad del país de que se trate, idea ya expresada por PRISSERT (440) al señalar -- que "el término divisas ... es en la práctica, en la actualidad, sinónimo de monedas extranjeras, cualquiera que sea la forma en que aquellas se presenten". Para SELLESLAGS (441) el término "divisas" o "divisas extranjeras" se refiere, esencialmente, a los documentos de crédito (cheques bancarios, cheques de viaje, letras cambio, cupones de dividendos e intereses de valores mobiliarios, etc.) y solamente, de una manera marginal, a la moneda extranjera representada por los billetes de banco (442).

(440) Le marché des changes; Paris, 1.972; pág. 26, nota -- marginal nº 1.

(441) Pratique des paiements internationaux, influence des phénomènes monétaires; Bruselas, 1.973; 2ª ed.; pág. 15.

(442) En un sentido semejante, MANN F.A., The legal aspect of money; Oxford, 1.971; págs. 171 y ss. Para NUSSBAUM (Derecho monetario nacional e internacional; Buenos Aires, 1.954; pág. 614, nota nº 4) la palabra "dévissés" (divisas) se refería, originariamente, a las letras de cambio (bills of exchange).

En nuestro Derecho positivo, un R.D. de 18 de enero de 1.930 señalaba que "por divisas se entiende billetes de Banco, letras de cambio, cheque, haberes en Bancos extranjeros y cualquier otro documento de giro o crédito sobre el extranjero". Este mismo concepto se encuentra expresado en el art. 1º de la O.M. de 15 de septiembre de 1.970, al referirse a la "exportación de billetes de banco extranjeros, letras de cambio, cheques y cualquier otro instrumento de crédito o giro cifrado en divisas".

Se establecen, a tenor del precepto transcrito, dos categorías de divisas (los billetes de Banco, por un lado, y el resto de los activos financieros descritos, por otro), cuya distinción alcanza transcendencia en lo referente al régimen aplicable para su convertibilidad, según tendremos ocasión de exponer.

B) El RIE se refiere específicamente a las "divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español".

a) El concepto de la divisa convertible admitida a cotización en el mercado.

La O.M. de 25 de agosto de 1.959, por la que se establecen las normas de funcionamiento del mercado de divisas, señala en su apdo. 2 que "serán objeto de contratación en el mercado de divisas todas las admitidas a cotización en el mismo" (párrafo primero). A tenor del apdo. 4 del art. 6º del D.L. de 21 de julio de 1.959, corresponde al IEME "señalar las divisas admitidas a cotización en el mercado" (443).

(443) Toda vez que el IEME desapareció en virtud del R.D. de 17 de julio de 1.973, y sus funciones se distribuyeron entre el Banco de España y el Ministerio de Comercio, a tenor del D. de 26 de julio de 1.976 y la O.M. de 19 de septiembre del mismo año, corresponde en la actualidad éste cometido al Banco de España.

contenida en el anexo B de la O.M. de agosto de 1.959, -- completado por las Circulares del IEME nº 256 (20 de marzo de 1.969) y nº 284 (24 de abril de 1.972), las divisas convertibles admitidas a cotización son las siguientes: - franco francés, libra esterlina, dólar USA, dólar canadien se, marco alemán, franco suizo, franco belga, florin ho-- landés, escudo portugués, corona sueca, corona noruega, - corona danesa, lira italiana, chelin austriaco, marco fin landés y el yen japonés.

Por tanto, solo el contravalor obtenido en la negociación de las divisas mencionadas puede utilizarse - para realizar IE en nuestro país; y pensamos de ésta mane-- ra, aún teniendo en cuenta la existencia de las llamadas "divisas bilaterales cotizadas en España", cuyo reconoci-- miento tal vez podría introducir a algún atisbo de duda - sobre lo concreto y taxativo del principio expresado (444). El hecho de que éstas divisas bilaterales no estén admiti-- das expresamente a cotización en el "mercado", las exclu-- ye de la posibilidad de ser aportadas como medio de pago de las IE, pues los términos de la disposición del RIE -- son concluyentes al respecto.

b) El mercado español de divisas.

No es éste el lugar adecuado para analizar la estructura y el mecanismo del mercado español de divisas, porque con ello alargariamos excesivamente nuestra exposi--

(444) Son las divisas en las que se instrumentan los cobros y pagos realizados por España a través de acuerdos bi-- laterales de pagos con los países con los que se hayan formalizado tales convenios. Están contempladas en el nº 12 de la O.M. de 25 de agosto de 1.959 y la Instruc-- ción 9ª de la Circ. del IEME nº 256, a tenor de la cual el Banco de España fijará los cambios de compra y ven-- ta en paridad con los vigentes en el mercado de las di-- visas convertibles (párrafo 1), que se publicarán to-- dos los lunes en el BOE y regirán para toda la semana, salvo aviso en contrario (párrafo 2).

Baste, por ello, con señalar que las normas por las que - se rige están contenidas en las ya citadas O.M. de 25 de agosto de 1.959 y Circ. del extinguido IEME, nº 256, de - 20 de marzo de 1.969, principalmente en Instrucción final nº 2. Para un estudio pormenorizado de sus aspectos técnicos puede utilizarse junto a la obra ya citada de PRISSERT el Trabajo de SELLESLAGS (445), y en lo que atañe a las - disposiciones españolas, creemos que el estudio más completo realizado hasta el momento corresponde a ALVAREZ y EGUIDAZU (446) al que, igualmente, remitimos al lector, - el cual deberá atemperarlo a las normas de la ley de Control de cambios y disposiciones concordantes.

C) El mecanismo de la convertibilidad.

La convertibilidad de las divisas a moneda - nacional se efectúa de ordinario a través del mecanismo - del mercado de divisas (447). En general (448) el residente en España que, como consecuencia de la venta de valores mobiliarios al inversionista extranjero, recibe en pago de la operación una determinada cantidad en divisas, - está obligado, si se cotizan, a venderlas en el mercado - (art. 6º, 1, D.L. de Ordenación económica de 21 de julio

(445) Pratique des paiements internationaux, cit.; págs. 15 y ss.

(446) Control de cambios, cit.; tomo I, págs. 177 y ss.

(447) Los cobros exteriores en divisas deberán realizarse mediante venta de las mismas a través del mercado español de divisas, debiendo los residentes, en virtud de lo establecido en el art. 6º de la LCC, poner a la venta a través de dicho mercado las divisas que posean dentro del plazo señalado por la Reglamentación de cambios o por la autorización administrativa de la operación de la que se derive el cobro exterior o, en su defecto, dentro de los quince días siguientes a la disponibilidad de las mismas.

(448) Sobre las diferentes hipótesis que pueden plantearse, fundamentalmente respecto de los extranjeros residentes en España, nos remitimos a ALVAREZ y EGUIDAZU, -- Control de cambios, cit.; tomo I, págs. 175 y ss.

de 1.959, nº 10) y, en otro caso, a cederlas al Estado, a través del Banco de España (art. 6º, 2. D.L. Ordenación económica citado) (449). Iguales obligaciones incumben a las personas jurídicas de nacionalidad española (art. 6º, 1. D.L. ordenación económica), por lo cual las aportaciones recibidas por éstas, como consecuencia de la emisión de valores mobiliarios y su adquisición por inversionistas extranjeros, han de ser vendidas o cedidas obligatoriamente.

La no cesión o venta de las divisas en un plazo no superior a quince días (art. 6º, B, LCC) (450) - constituye delito monetario si su cuantía excede de dos millones de pesetas (art. 6º, párrafo primero, LCC), y se calificará como infracción administrativa grave si la cuantía no excede de la cifra señalada anteriormente (art. 10, 1, a, LCC).

A tenor del número 5º de la O.M. de 25 de agosto de 1.959, las divisas convertibles serán vendidas por su titular directamente, sin necesidad de autorización alguna, a las entidades bancarias autorizadas (451). Estas entregas de divisas se realizan -cuando no se trate de billetes de Banco extranjeros- mediante ingreso en la cuenta de los corresponsales extranjeros del Banco delegado, o bien a través de cheque bancario o cualquier otro documento de crédito (número 6, párrafo primero, O.M. de agosto de 1.959).

(449) Con anterioridad a 1.959, las normas que regían la materia -y que implicaban, en todo caso, la cesión de las divisas al Estado- eran, fundamentalmente, el D.L. de 14 de marzo de 1.937, la ley de 4 de mayo de 1.948 y la ley de Delitos monetarios de 24 de noviembre de 1.938.

(450) Hasta la entrada en vigor de la nueva LCC, el plazo -era de ocho días (art. 1º, 5, de la derogada ley de Delitos monetarios).

(451) Con anterioridad a la promulgación de la LCC, la referencia a estas Entidades era en su concepto de "delegadas" del IEME o Banco de España.

1. A abonar a sus lientes el contravalor en pesetas ordinarias de las divisas que el residente o la so--cidad española le han entregado. El tipo de cambio que deben aplicar a ésta conversión será el oficial de compra -- que se publique en el B.O.E. del mismo día de la operación (a tenor de la Instr. 1ª, y apdo. IV de la Instrucción final, ambas de la Circ. nº 256).

2. A conservar en su "posición de divisas" (452) las entregadas por su clientela, hasta su aplicación o venta en el mercado a otra entidad bancaria que también tuviera funciones delegadas o al Banco de España, quien las adquirirá al cambio de compra cotizado en el mercado el día de la operación (número 6, párrafo segundo, O.M. agosto -- 1.959).

En todo caso, estas Entidades tendrán, lógicamente, que facilitar a las Autoridades competentes toda la información sobre este tipo de operaciones en que intervengan, siendo responsables en los términos previstos por LCC y normas complementarias, del cumplimiento de las regulaciones del control de cambios en lo que respecta a estas operaciones que se efectuen por su cuenta o se realicen por su mediación, o bajo su control.

D) Disposición de la aportación.

(452) Se entiende por "posición en divisas" como el saldo - en moneda extranjera que, teóricamente, tendría que - ser cedido por el Banco delegado al Banco de España - pero que, en virtud de una autorización, está facultado a conservar en su poder, hasta un cierto límite, - para hacer frente a sus operaciones. La "posición", - en un momento determinado, se forma sumando a la "po--sición" del período anterior las divisas adquiridas - durante el mismo, y restando las divisas vendidas. Sumando todas las "posiciones parciales" correspondien--tes a cada una de las divisas admitidas a cotización, se obtiene la "posición total" del Banco delegado (vid. ALVAREZ y EGUEDAZU, Control de cambios, cit.; tomo I, págs. 188 y ss.).

La "disposición" de la aportación consistente en "divisas convertibles" se realiza a través del mecanismo de las "cuentas extranjeras en divisas convertibles", cuya configuración y utilización se indican a continuación.

a) Creación y normativa aplicable a éstas cuentas.

La Circ. del IEME, nº 3 (30 octubre 1.939) permitió a los Bancos españoles que abrieran cuentas en moneda extranjera a favor de titulares que fueran personas o entidades extranjeras o españolas residentes en el extranjero (párrafo primero).

La Circ. del IEME, nº 242 (22 febrero 1.968) - regula, de nuevo, las cuentas creadas por la Circ. nº 3, comenzando por establecer un matiz importante: en vez de referirse a cuentas en moneda extranjera, las denomina - "cuentas en divisas convertibles" (Instruc. 1ª, párrafo primero), con lo cual amplía sobremanera el radio de -- acción de las mismas (453).

Pero esta Circ. de 1.968 ha sido derogada por la Circ. nº 3-D.E. del Banco de España (12 julio 1.974),

(453) Como señalan ALVAREZ y EGUIDAZU (Control de cambios, cit.; tomo I, pág. 234), la importancia de la Circ. - nº 242 para el sistema bancario español ha sido doble. Primero, al poder abrir cuentas en divisas a nombre - de no-residentes y poderles ofrecer un tipo de interés libre (en condiciones competitivas, por tanto, con la Banca extranjera), los Bancos españoles han estado en disposición de atraer fondos a corto plazo en divisas, aumentando por tanto el ámbito potencial de su clientela en el mercado exterior. Segundo, al poder destinar los recursos así obtenidos a la financiación de importaciones y exportaciones españolas, y a la concesión de créditos financieros a clientes extranjeros o (con previa autorización) nacionales, a tipos de interés libres, han tenido acceso a un amplio campo de negocios, estando en igualdad de condiciones - con la Banca extranjera para colocar sus fondos a -- corto, medio o largo plazo en el mercado internacional o para financiar operaciones de residentes en España.

que constituye, en la actualidad, la norma aplicable a ésta modalidad de cuentas.

b) Principio general de funcionamiento.

Las entidades con funciones delegadas (Bancos, Cajas de Ahorro) quedan facultadas para formalizar éste -- tipo de cuentas corrientes sin necesidad de recabar la -- previa autorización del Banco de España (Instr. general -- 1ª, 1), siempre y cuando concurren las condiciones específicas que se indicarán posteriormente. En otro caso, es -- preceptiva la obtención de autorización, previa a la apertura.

c) Titularidad de las cuentas.

A la vista del texto de las Instrucciones 1ª y 2ª de la Circ. 3-D.E. puede establecerse, en este aspecto, una doble clasificación de los titulares:

1ª) Titularidad libre.

Correspondería tal cualidad a todas las personas o entidades que, mediando la acreditación de ciertos requisitos ante el propio Banco delegado, pueden solici-- tar la apertura de ésta clase de cuentas.

En estos sentido, tan solo podrán ser titula-- res: 1) las personas físicas no-residentes, sean de nacionalidad española o extranjera; 2) el personal del Cuerpo diplomático extranjero, debidamente acreditado en España; 3) las personas jurídicas extranjeras --con exclusión de -- sus establecimientos y sucursales en España--; 4) Embaja-- das extranjeras o representaciones diplomáticas en Madrid, como tales Embajadas o representaciones, y 5) otras enti-- dades que ejerzan funciones delegadas del Banco de España (Instr. 1ª).

La Circ. viene a establecer un régimen excepcional al señalar que, cualquiera otra persona o entidad, -- distinta de las citadas anteriormente, puede llegar a ser titular de éste tipo de cuentas siempre que obtenga "la - previa autorización del Banco de España" (Instr. 2ª).

Bajo ésta condición, los titulares autorizados lo son con un doble carácter:

- en virtud de una autorización general: se autoriza a las entidades delegadas para que puedan seguir - manteniendo en sus libros aquellas cuentas en divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español -- que estuvieren abiertas con anterioridad a la fecha de 1º de enero de 1.968, a nombre de extranjeros residentes en España;

- en virtud de autorizaciones concretas en los distintos casos específicos que puedan plantearse. Cabría incluir, en este supuesto, a los establecimientos y sucursales de personas jurídicas extranjeras en España y de empresas españolas en el extranjero; agencias de viajes españolas, Compañías de seguros; personal diplomático español acreditado en el extranjero, etc. (454), e incluso -- personas físicas extranjeras residentes en nuestro país - (455).

En todos los supuestos de titularidad autoriza-

(454) Sobre éstos supuestos, vid. ALVAREZ y EGUIDAZU, Control de cambios, cit.; tomo I, págs. 237-239.

(455) Así podría deducirse de los términos de la Instrucción 2ª de la Circ. 3 - DE (12 julio 1.974), y de la Circ. nº 287 (Instrucción 10ª), así como del precepto que contenía la derogada O.M. de 15 de marzo de 1.962, en su apdo. 1º, número 1.

da, el permiso para la apertura de las cuentas deberá ser concedido, teniendo en cuenta el criterio de la residencia, por la DGTE en los supuestos de las cuentas mantenidas por residentes en España y por el Banco de España en los demás casos.

d) Mecanismo de las cuentas.

1 - Modalidades que pueden revestir.

En la actualidad (456), estas cuentas pueden revestir las tres siguientes modalidades (Instr. 1ª, 1): a la vista, con preaviso y a plazo.

2 - Cuantía de sus saldos.

No existe tope a la cuantía de divisas que pueden depositarse en ésta clase de cuentas individualmente -- consideradas, pero sí se establecen unos límites a su volumen global referidos a cada Banco depositario en particular (457).

3 - Retribución de las cuentas.

Los tipos de interés aplicables en las operaciones activas y pasivas correspondientes a éstas cuentas, serán libres, dentro de los que, en cada momento, se practi--

(456) La Circ. nº 3, solo admitió que fueran a la vista y a plazo fijo. Fué la Circ. nº 242 la que añadió la tercera modalidad.

(457) A tenor de la Instrucción 4ª de la Circ. 3-D.E. "el importe total de los depósitos en divisas tomados -- por cada entidad delegada al amparo de lo establecido en la presente Circular no podrá exceder, sin autorización escrita del Banco de España, del doble de la suma del capital desembolsado y reservas de dicha entidad delegada. Se excluirán para el cómputo de dicha relación: a) los depósitos formalmente constituidos a plazo superior a tres años. b) Los depósitos tomados a otras entidades delegadas de nacionalidad española".

nables a éstas cuentas no excederán en su conjunto de los que se obtengan en la colocación de los fondos de contrapartida (Instr. 11ª) (458).

4 - Movimientos en las cuentas.

Los abonos a éstas cuentas pueden proceder - siempre de los depósitos efectuados en divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español (Instr. 1ª, 1, Circ. 3-D.E.) (459); depósitos que pueden ser realizados no solo por el titular de la cuenta, sino por cualquier otra persona, no-residente, que realice pagos al -- primero (460) y aún por pagos realizados por residentes -

(458) La explicación de ésta norma -repetición de la contenida en la Instrucción 6ª, 1, de la Circ. nº 242- la suministran ALVAREZ y EGUIDAZU (Control de cambios, cit.; tomo I, págs. 244-245) señalando que "al autorizar tipos de interés libres para las operaciones pasivas se permite a la Banca española la captación de clientela extranjera en condiciones de competitividad con los Bancos de otros países. Y al autorizar tipos igualmente libres para las operaciones activas se permite a la Banca española aprovechar las mismas oportunidades que el mercado internacional brinda a la Banca extranjera, obteniendo de cada divisa la máxima rentabilidad posible. Esta libertad tiene sin embargo la limitación de que los intereses pasivos no pueden exceder en su conjunto de los que el Banco obtenga de la colocación de los fondos, cosa lógica si se considera que los beneficios y pérdidas de estas operaciones desembocan en el mercado español de divisas, y por tanto, si el "coste" de los depósitos para el Banco (intereses de operaciones pasivas) fue re superior a las "ganancias" obtenidas de la colocación de los fondos (intereses de operaciones activas) el resultado sería una pérdida de divisas para el -- país".

(459) Si las divisas que se entregasen no estuviesen admitidas a cotización, el Banco delegado al que se hubiere solicitado la apertura de la cuenta, las aceptará en calidad de depósito condicional y, previa su conversión en el mercado exterior, abonarán el producto de dicha conversión en una cuenta en divisas convertibles de las admitidas a cotización (LUCAS, - Cuentas corrientes a favor de residentes en el extranjero, en Rev. Derecho privado, Madrid, octubre 1.973; pág. 813).

(460) Los depósitos se pueden realizar utilizando los procedimientos bancarios habituales (cheques, transferencias bancarias), con la excepción que representa

en España, cuando la causa de ellos fueren las importaciones de bienes u otras operaciones autorizadas, y se efectuase su liquidación con pagos en divisas al titular de la cuenta.

Entre los adeudos -pagos que se pueden realizar con cargo a éstas cuentas- libremente permitidos por la Circ. 3-D.E. (Instr. 3ª) (461) se señala la "liquidación a pesetas según las normas del mercado de divisas" - (apdo. c), lo que posibilita a su titular para realizar - el pago de sus inversiones en nuestro país, bien directamente desde éstas mismas cuentas, o bien, si lo estima -- más oportuno, abonando el contravalor obtenido en una -- "cuenta extranjera en pesetas para pagos en España" o -- cuenta "A" (cuyo análisis se efectúa posteriormente) y, - con cargo a ésta, verificar el pago de su inversión.

1.1.2. PESETAS CONVERTIBLES.

El RIE (art. 2º, apdo. 1.1.b) admite que las IE se realicen mediante la aportación de "pesetas procedentes de saldos de cuentas extranjeras en pesetas convertibles".

A) El concepto de la convertibilidad.

Para comprender el concepto jurídico de convertibilidad hay que relacionarlo íntimamente con sus aspectos económico-financieros. Se trata, fundamentalmente,

la entrega física de billetes de Banco extranjeros, toda vez que la Circ. 6-D.E. del Banco de España (16 julio 1.976) prohíbe a los Bancos delegados admitir en sus cajas billetes de Banco extranjeros para su abono en "cuenta de divisas convertibles" (Instr. 2ª, a).

(461) Además del adeudo que se cita en el texto, la Circ. nº 3-D.E., permite las "disposiciones en la propia divisa en que se haya abierto la cuenta" (apdo. a) y la "conversión a otras divisas contra la propia posición de la entidad delegada o mediante negociación - en el mercado exterior" (apdo. b).

de una noción técnica que el legislador se encarga de traducir de acuerdo con los fines que, en cada momento, se proponga alcanzar la política monetaria de un país.

El término "convertibilidad" contiene la idea de la mutación de una cosa por otra (Diccionario de la Lengua Española), lo que, aplicado a la moneda, podría equipararse a la posibilidad de que la de un determinado país -- pueda cambiarse por las de naciones diferentes, en las condiciones técnicas que hagan factible tal operación.

Como ha escrito GOLD (462) "se puede medir la convertibilidad de una moneda cualquiera determinando en -- que medida su utilización, su intercambiabilidad y su valor de cambio estén garantizados, o para expresarlo de -- otra forma, se puede decir que una moneda es plenamente -- convertible si satisface las tres condiciones siguientes: 1º) que sea utilizable para no importa que finalidad, sin restricciones de carácter monetario; 2º) que sea cambiable por cualquier otra moneda sin restricciones de carácter monetario; 3º) que dicha moneda pueda ser utilizada o cambiada a la paridad, o a un tipo de cambio sobre la base de la paridad, o incluso a un tipo de cambio legal o determinado de cualquier otro modo que se juzgue deseable".

La "convertibilidad" de una moneda puede alcanzar dos grados (463):

a) Convertibilidad plena y absoluta (convertibilidad total), que implica la inexistencia de cualquier tipo de restricción a las operaciones sobre la moneda convertible. No obstante, la convertibilidad total admite di-

(462) Citado por ALVAREZ y EGUIDAZU, Control de cambios, - cit.; tomo I, págs. 159-160.

(463) Podría aludirse, en un sentido amplio, a un tercer grado: la "inconvertibilidad", que se aplica para designar a los capitales que, aún siendo propiedad de no-residentes no pueden movilizarse (capitales bloqueados).

internacional -FMI-, en su art. VIII, la refiere solamente a "los pagos y transferencias correspondientes a transacciones corrientes" -sección 2.a)-, pero no a las transacciones de capital) (464).

b) Convertibilidad "externa" o convertibilidad "limitada" en la terminología anglosajona (465), porque - la declaración de tal beneficia exclusivamente a los no-residentes (466), perdurando, para los residentes en el país, una situación de convertibilidad extremadamente limitada - (467) cuando no de inconvertibilidad.

B) La convertibilidad de nuestro signo monetario.

a) Declaración de convertibilidad.

Hasta el momento de la adhesión de España al - FMI, hecho acaecido en julio de 1.958, las circunstancias excepcionales que vivía el sistema económico español desde los años de la guerra civil, hicieron que existiese una situación de restricción total -no de inconvertibilidad, - como se ha escrito (468)-, representada por el célebre De-

(464) Vid. MUNS, Organismos económicos internacionales, -- cit.; págs. 29 y ss. (principalmente, págs. 57-58).

(465) EVITT H.E., A manual of foreign exchange; Surrey, 4ª ed., 1.975; págs. 3 y ss.

(466) Sobre las características de la convertibilidad limitada, vid. LODDO S., Struttura dei cambi esteri e condotta del sistema bancario; Padua, 1.972; págs. - 79 y ss.

(467) Aún ésta forma de convertibilidad externa admite -como explica SELLESLAGS (Pratique des paiements internationaux, cit.; págs. 91-92)- distintos regímenes - de aplicación: 1) absoluta libertad; 2) restricción condicional (caso belga, a través del mercado libre, para los capitales de origen financiero) y 3) restricción casi total (similar a los casos de inconvertibilidad, con la salvedad de que pueden movilizarse disponiendo de una autorización especial).

(468) ALVAREZ y EGUIDAZU, Control de cambios, cit.; tomo I; págs. 106-107. Los términos restricción total e in--

Decreto n.º 313, de 5 de julio de 1.957, a tenor de cuyo artículo único, "a partir de ésta fecha queda prohibido disponer libremente de los saldos en pesetas existente en -- cuentas a favor de titulares que residan en el extranjero. Para movilizar dichos fondos deberá solicitarse previamente, y en cada caso, autorización del Comité de Moneda Extranjera, a cuyo efecto se consignará en la solicitud el destino que haya de darse a los recursos de referencia" -- (469).

El D.L. de Ordenación Económica, de 21 de julio de 1.959, n.º 10, faculta al Gobierno para establecer la convertibilidad de la peseta en los casos y condiciones que estime convenientes (art. 5º). El D. de 15 de julio -- de 1.961, n.º 1146, establece la convertibilidad exterior de la peseta, señalando que "los saldos en pesetas propiedad de personas jurídicas extranjeras o de personas físicas, españolas o extranjeras, con residencia habitual en el extranjero, que se originen según las normas que establezca el IEME, serán libremente convertibles en dólares USA o en otras monedas convertibles (art. 1º) (470).

El IEME cumplió el mandato contenido en la -- norma anterior, publicando su Res. de 19 de junio de 1.961, en la que se determinan los saldos a que alcanza la decla

convertibilidad no deben asimilarse, porque la primera situación admite la movilización a través del expediente de la autorización expresa, mientras la segunda no prevé tal circunstancia.

(469) Para un conocimiento exhaustivo de la normativa anterior a este Decreto, nos remitimos a SARDA, La intervención monetaria, cit.; y para un análisis de la situación legal subsiguiente a su publicación, la obra de UBIERNA J.A., Régimen legal de la moneda extranjera, Madrid, 1.942.

(470) El D. n.º 313 continuó teniendo vigencia en lo relativo a otras c/c. de caracterización diferente a la convertible (c/c. en pesetas interiores, a las que posteriormente nos referimos). Hay que entenderlo derogado por la LCC (Disp. derogatoria 1ª).

referencia el RIE en el apdo. 1.1.b) de su art. 2º.

b) Los saldos de cuentas extranjeras en pesetas convertibles.

El concepto de las "pesetas convertibles" - va intimamente ligado al de las cuentas extranjeras de éste mismo carácter. Así hay que convenir en que será "peseta convertible" toda cantidad que, prescindiendo de su -- origen, se refleje en un saldo de c/c de aquella nomina--ción, cuyo análisis efectuamos a continuación.

C) Las cuentas extranjeras en pesetas convertibles.

A efectos de nuestro estudio (471) las cuentas extranjeras en pesetas convertibles están reguladas , en la actualidad, (472), por la O.M. de 16 de marzo de -- 1.973, dictada en momentos en que la situación monetaria internacional sufría graves perturbaciones (473) y el R.D.

-
- (471) De ahí que excluyamos el análisis de las "cuentas bancarias de pesetas con Andorra" (reguladas en la Circ. nº 283 - 8 de marzo de 1.972; Instrucciones 9ª a 11ª) porque no se permiten, a través de ellas, pagos relativos a operaciones de capital (Instr. 10ª, B.1.); -- las "cuentas en pesetas ordinarias a turistas" (reguladas por la Comunicación del IEME, de 14 de julio de 1.972, dictada para interpretar la Circ. nº 283) que tampoco podrán ser utilizadas para pagos de inversiones en nuestro país, y las cuentas especiales "para - contratos de obras" (Circ. nº 283, Instrs. 12 a 16) - porque no implican IE.
- (472) Con anterioridad éstas cuentas estuvieron reguladas - por la Res. del IEME de 19 de julio de 1.961, normas 2 a 4 y la Circ. nº 246, IEME, de 20 de junio de 1.968. Sus antecedentes remotos fueron las llamadas cuentas en "pesetas libres o exteriores".
- (473) Sobre ésta justificación escriben ALVAREZ y ÉGUIDAZU (Control de cambios, cit.; tomo I, pág. 116) que "el alcance de la convertibilidad de la pesetas resultó sustancialmente alterado en marzo de 1.973. La razón de esta alteración reside en la necesidad, en dicha - fecha, de hacer frente a los movimientos especulati--vos de capital a corto plazo. La debilidad del dólar norteamericano -continuada desde mediados de 1.971- y

de ahorro del emigrante". Así pues, nos encontraríamos con dos grandes apartados de cuentas extranjeras en pesetas -- convertibles: las ordinarias (O.M. de 1.973) y las de ahorro-emigrante, cuyo régimen es diferente, aunque sus saldos gozan de la consideración de pesetas convertibles.

la solidez relativa de la peseta, cuyas perspectivas futuras apuntaban hacia un alza de la cotización en los mercados de divisas, provocaban una entrada de capitales con el objeto de obtener ganancias en caso de apreciación de nuestra moneda. Cambiando dólares por pesetas, manteniendo éstas en una cuenta extranjera -- en pesetas convertibles y reconvirtiéndolas de nuevo en dólares cuando se hubiesen cumplido las expectativas de apreciación de nuestra moneda, las perspectivas de ganancia eran muy alentadoras, máxime cuando la posibilidad de hacer este juego con otras monedas se veía crecientemente dificultada por el endurecimiento de los controles de cambios en otros países. Ciertamente que, a fin de hacer frente a estos movimientos, el Ministerio de Hacienda había tomado la decisión de penalizar los saldos de las cuentas extranjeras en pesetas convertibles con la pérdida de intereses, pero -- las expectativas de ganancia especulativa eran tales que la compensaban sobradamente. Así, por O.M. Ministerio de Hacienda de 19 de octubre de 1.971 (BOE del 20 de octubre) se obligaba a los Bancos a constituir en el Banco de España depósitos especiales en efectivo, sin interés, en cuantía equivalente al 100 por 100 de los incrementos que, a partir de la fecha, experimentarían los depósitos o imposiciones en pesetas convertibles a la vista, de ahorro o a plazo inferior a tres meses, cualquiera que fuese su titular (salvo -- los saldos de ahorro del emigrante); otra O.M. de Hacienda de 28 de julio de 1.972 (BOE del 29) ampliaba esta obligación a los depósitos o imposiciones en pesetas convertibles a plazo igual o superior a tres meses, pero sólo por un 50 por 100 de sus incrementos, y finalmente una tercera Orden de 6 de febrero de 1.973 (BOE del 7) extendía este segundo caso al 100 por 100 de los incrementos igual que en el caso anterior, a la vez que daba normas para determinar -- qué debía entenderse por incremento de las cuentas -- en pesetas convertibles. Para corregir tal situación, el Ministerio de Hacienda dictó la O.M. de 16 de marzo de 1.973 por la que se ratificaba y reforzaba el bloqueo de los saldos, y se desglosaba el sistema de cuentas extranjeras de pesetas convertibles en dos tipos de cuentas distintos, las Cuentas A y las Cuentas B. El primer aspecto no plantea problema desde el punto de vista jurídico-administrativo. No así el segundo, que por modificar el alcance de la convertibilidad exterior de la peseta recortaba lo dispuesto en el art. 1º del Decreto 1146/1.961, de 15 de julio, norma de rango superior, y que por tanto, hubiera -- precisado igualmente de un Decreto, a propuesta del Ministerio de Comercio, según lo establecido en el -- Decreto-Ley de Ordenación Económica (art. 5º).

C.1. Las cuentas establecidas por la O.M. de 16 de marzo de 1.973: "A" y "B".

C.1.1. Antecedentes.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 2º del D. de 15 de julio de 1.961, ya comentado, se dictó la Res. del IEME, de 19 de julio de 1.961, en la cual se establece el concepto y régimen de las "cuentas extranjeras en pesetas convertibles".

Podían ser titulares de las mismas las personas jurídicas extranjeras o las personas físicas, españolas o extranjeras, con residencia habitual en el extranjero (norma 2ª).

Los saldos que presentasen éstas cuentas podían ser libremente convertibles, si bien tan solo con relación a determinadas operaciones, de cargo o abono, que específicamente se concretaban en la Res. de 1.961. Se admiten como operaciones de abono las siguientes: 1) el contravalor de la venta en el mercado español de divisas cotizadas en él; 2) venta, a través del Banco de España, de dólares Grecia y dólares Turquía; 3) el valor de las mercancías - importadas en España al amparo de declaraciones o licencias de exportación, cuya forma de pago estuviera establecida en pesetas o en cualquiera de las divisas cotizadas en el mercado, con inclusión de dólares Grecia y dólares Turquía; 4) el contravalor en pesetas de pagos corrientes autorizados, expresamente en cada caso o en forma general por disposiciones de liberación, cuando hayan de ser efectuados en las monedas señaladas en el apartado anterior; 5) por traspasos con cargo a otras cuentas de la misma naturaleza, y 6) por los intereses bancarios devengados sobre los saldos de las propias cuentas.

Entre las operaciones al débito de las cuentas,

que la misma Res. cita (epígrafes 3.7. al 4.) (474) se incluyen "la aplicación en inversiones de capital o compra - de valores mobiliarios españoles, dentro de las condiciones establecidas en la legislación vigente en la materia"- (epígrafe 3.9.).

C.1.2. Régimen actual: O.M. de 16 de marzo de 1.973, Circ. nº 287, IEME.

La O.M. de 16 de marzo de 1.973 comienza por establecer que los Bancos y demás entidades financieras con funciones delegadas del Banco de España quedan facultadas para abrir en sus libros sin requerir autorización previa -en las condiciones que se especifican en la misma disposición- dos clases de ventas:

- las cuentas A: cuentas extranjeras en pesetas para pagos en España;
- las cuentas B: cuentas extranjeras en pesetas convertibles.

Por la importancia que revisten ambas modalidades, las examinamos por separado.

C.1.2.1. Cuentas A: cuentas extranjeras en pesetas para pagos en España.

1º) Formalización de la apertura: éstas cuentas pueden ser abiertas sin requerir autorización previa de la DGTE, siempre y cuando los titulares de las mismas sean per

(474) Otras operaciones de adeudo son: 1) compra de divisas y billetes extranjeros (de donde se deduce claramente el carácter de "convertibilidad" de estos saldos); 2) pago de mercancías españolas exportadas; 3) traspasos a favor de cuenta extranjera de cualquier naturaleza; 4) compras de fincas rústicas y urbanas; 5) para todo pago a realizar en España y 6) cualquier otra operación previa autorización administrativa.

sonas o entidades a las cuales se concede tal posibilidad (nº 1, O.M. 16 marzo 1.973).

2º) Titulares: deberán ser, siempre, personas jurídicas extranjeras o personas físicas, españolas o extranjeras, con residencia habitual en el extranjero (Nº 1, O.M. 16 marzo 1.973) (475).

3º) Modalidades: las cuentas "A" pueden revestir las formas de "cuentas a la vista", "cuentas de ahorro" o "cuentas a plazo" (nº 1, O.M. 16 marzo 1.973), sin que, actualmente, esté permitida su retribución (nº 8, O.M. 16 marzo 1.973).

4º) Movimientos en éstas cuentas. El nº 2 de la O.M. de 16 marzo 1.973 establece la enumeración de las únicas operaciones que pueden ser abonadas y adeudadas, - sin necesidad de autorización previa (476).

Como partidas de abono: 1) el contravalor en pesetas de divisas convertibles cedidas en el mercado español de divisas; 2) los importes procedentes de otras -- cuentas "A"; 3) los importes procedentes de cuentas extranjeras en pesetas convertibles (cuentas "B"), y 4) los intereses bancarios devengados, en su caso, por las propias - cuentas "A".

Como partidas de adeudo: 1) cualquier pago en

(475) La Circ. nº 287 se remite, a efectos de determinar el concepto de residencia, a lo establecido en la Circ. nº 248, que comentamos en la Sección I de éste Capítulo (Instr. 2ª, 2). En éste sentido, para éstas cuentas, es aplicable la norma VII de la citada Circ. nº 248, a tenor de la cual "cuando un no-residente titular de cuenta extranjera en pesetas interiores adquiere la condición de residente, los Bancos y las Cajas de Ahorro, cancelarán de oficio dicha cuenta extranjera, traspasando su saldo a una cuenta ordinaria de pesetas".

(476) Con autorización previa, dispensada en cada caso concreto, la cuenta podría ser abonada y cargada por cualquier concepto, diferente de los citados expresamente.

pesetas a favor de personas jurídicas españolas o de personas físicas, españolas o extranjeras, con residencia habitual en España, y 2) traspasos a otras cuentas extranjeras en pesetas para pagos en España (cuentas "A"), pero nunca a cuentas "B" (a tenor del nº 3 final, de la misma O.M. y de la Instr. 20, párrafo 3º de la Circ. nº 287), - de donde debe inferirse que los saldos de éstas cuentas "A" no podrán ser utilizados para adquirir nuevamente moneda extranjera, debiendo ser necesariamente empleados para hacer pagos en España. Por ello no cabría aplicarles, propiamente hablando, la calificación legal de cuentas en pesetas convertibles.

A tenor del apartado 1) del párrafo anterior, las cuentas "A" se presentan como las idóneas para que, a través de las mismas, se efectue el pago de las IE en nuestro país; criterio corroborado por la Res. de la DGTE de - 25 de enero de 1.975, norma nº 4.

El saldo de éstas cuentas debe ser siempre -- acreedor (nº 1, O.M. 16 marzo 1.976), admitiéndose tan solo los "descubiertos de correo" que, a éstos efectos quedan definidos como los saldos deudores derivados de adeudos realizados sin haber contabilizado las órdenes de abono causadas por los corresponsales con fecha de valor no posterior al día de los adeudos (Circ. nº 287, norma 2ª, 5), criterio aclarado como "todo apunte al Debe de la cuenta que origine saldo deudor, siempre y cuando, para la Entidad delegada, el retraso en la recepción de la cobertura del mencionado adeudo obedezca solamente a plazos de correo" (carta-circular IEME, de 11 de abril de 1.973).

C.1.2.2. Cuentas "B": cuentas extranjeras en pesetas convertibles (477).

(477) Las "cuentas en pesetas convertibles" (Res. IEME, 19 - julio 1.961) que existían al publicarse la O.M. de 16 marzo 1.973, pasaron a convertirse en cuentas "B" (nº 4). No obstante, debe entenderse que, desde tal momen-

"B" pueden ser abiertas sin necesidad de autorización previa por parte de la DGTE, siempre y cuando quienes lo soliciten sean personas que, de conformidad con lo establecido en las normas vigentes, tienen derecho a ello (nº 1, - O.M. de 16 marzo 1.973).

2º) Titulares: deberán ser, siempre, personas jurídicas extranjeras, o personas físicas, nacionales o - extranjeras, con residencia habitual en el extranjero (nº 1, O.M. 16 marzo 1.973) (478).

3º) Modalidades: las cuentas "B" pueden adoptar las formas de "cuentas a la vista", "cuentas de aho--rro" y "cuentas a plazo" (nº 1, O.M. 16 marzo 1.973), -- existiendo prohibición para satisfacerles intereses (nº 8, O.M. 16 marzo 1.973).

4º) Movimiento en las cuentas "B". El nº 3 de la O.M. de 16 marzo 1.973 establece que éstas cuentas podrán ser abonadas y adeudadas, sin ~~n~~ecesidad de autoriza--ción previa (479), en los conceptos siguientes:

= Operaciones de abono: 1) cualquier cobro -- (480) en pesetas generadas en España que, a tenor de las

to, el régimen aplicable a las mismas no es el que anteriormente disfrutaban, sino el establecido en general para las cuentas "B".

(478) En éstas cuentas, cuando su titular no-residente, adquiriera la condición de residente, o no puede su conti--nuidad como no-residente, la Banca delegada cancelará de oficio ésta cuenta "B" y, si el titular es de na--cionalidad española, el sado será traspasado a una -- cuenta en pesetas ordinarias, y si lo fuere de naciona--lidad extranjera, el sado será puesto a disposición - del mismo para que indique el destino a dar a los fon--dos (Circ. nº 287, Instr. 2ª, 2. en relación con la - norma VI de la Circ. nº 248).

(479) Vale aquí la misma observación efectuada en el caso de las cuentas "A".

(480) Este nº 1 se está refiriendo a las que, a partir del - D. de 24 de diciembre de 1.959, se denominaron "pese--

normas vigentes, tenga derecho a la transferibilidad al exterior dentro del marco de delegación de funciones conferido a las entidades delegadas (481); 2) importes procedentes de otras cuentas "B", y 3) intereses bancarios devengados, en su caso, por las propias cuentas "B".

= Operaciones de adeudo: 1) el contravalor en pesetas de divisas adquiridas en el mercado español de divisas -compra de divisas-; 2) traspasos a otras cuentas extranjeras en pesetas convertibles (cuentas "B"), y 3) traspasos a cuentas extranjeras en pesetas para pagos en España (cuentas "A").

El saldo de éstas cuentas "B" deberá ser siempre acreedor (nº 1, O.M. de 16 marzo 1.973), siéndoles de aplicación cuanto se indicó al tratar, en las cuentas "A", de los "descubiertos de correo".

C.1.2.3. El mecanismo de ajuste entre las -- cuentas "A" y las cuentas "B".

Según ya se advirtió, la creación de éstas -- dos clases de cuentas respondía a la finalidad concreta -- de controlar los movimientos especulativos a corto plazo sobre nuestra moneda. Como señalan ALVAREZ y EGUIDAZU (482), el especulador que pretenda cambiar moneda extranjera por pesetas necesariamente deberá ingresarlas en una cuenta -- "A", y tales pesetas no podrán ser nuevamente reconverti-

tas transferibles" (art. 1º, apdo. c: pesetas procedentes de beneficios o capitales que tengan la condición de transferibles al exterior en divisas extranjeras). Vid. GARCES, Régimen jurídico, cit.; págs. 83-84.

(481) La terminología utilizada por la norma legal ("cualquier cobro") autoriza a que se consideren incluidas tanto -- las operaciones corrientes (importaciones españolas, -- servicios prestados por no-residentes a residentes, -- rentas de las IE, dividendos, pagos de royalties, etc.) como las operaciones por cuenta de capital (desinver-- siones).

(482) Control de cambios, cit.; tomo I, pág. 122.

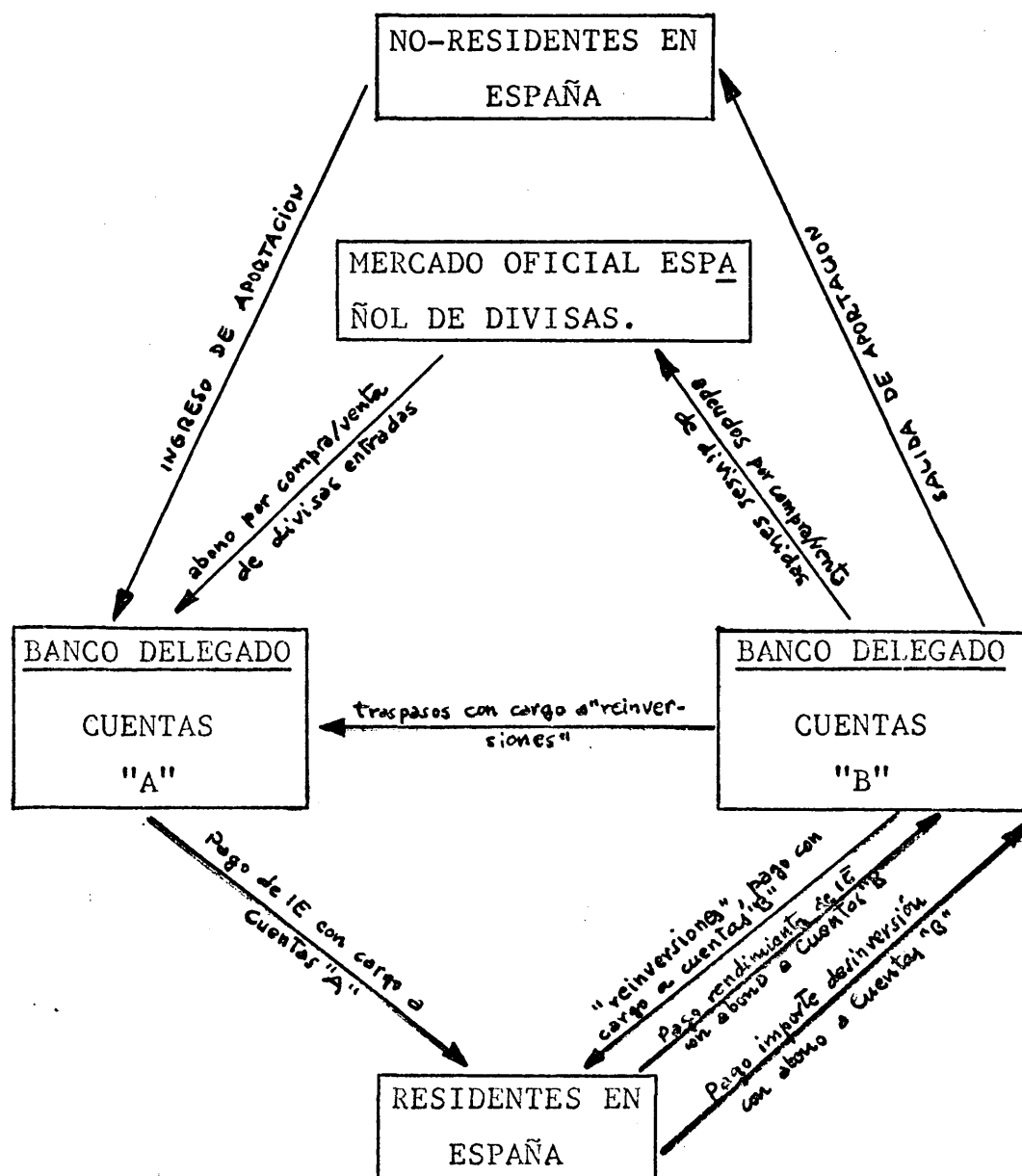
España. Es cierto que el sistema sufre la existencia de - un "agujero". En efecto, el especulador podría utilizar - sus "pesetas A" para adquirir títulos en Bolsa que, al -- venderse más tarde, serían abonados por el resultado de - su venta en una cuenta "B" y transferidos entonces al ex- tranjero. Pero al proceder así el especulador correría -- los riesgos de fluctuación de las cotizaciones en la Bol- sa de Valores, riesgo que se agrava considerablemente por el hecho de que el especulador extranjero desconoce nor- malmente el mercado bursátil español.

Por lo que se refiere a las operaciones de - IE, y en virtud del sistema de cuentas establecido por la O.M. de 16 de marzo de 1.973, puede decirse -con GARCES - (483)- que las cuentas "A" constituyen normalmente la puer- ta de acceso a España de los capitales extranjeros, y que las cuentas "B" son la puerta de salida. Una IE dará lugar, en principio, a una transferencia de divisas y al abono del correspondiente contravalor en pesetas en una cuenta "A". La inversión propiamente dicha -por ejemplo, compra de -- acciones- implicará el adeudo en la cuenta "A" del impor- te de que se trate. Los rendimientos que produzca la in- versión -o el producto de su venta-, si tienen el carácter de transferibles al exterior, podrán ser abonados en una - cuenta "B" y aplicados a la adquisición de divisas -salida de capitales-, a no ser que sean objeto de reinversión, en cuyo caso se producirá un traspaso a una cuenta "A", que-- dando así cerrado el círculo.

Precisamente, la observación de éstos supues- tos de reinversión puso en evidencia la grave complicación que suponía para la viabilidad del sistema ideado, el jue- go de ambas cuentas tal y como ha quedado reseñado. Por -- ello, la Circ. nº 287 (Instr. 4ª, 1), permite que, con car

go a las propias cuentas y, pueden realizarse, también, pagos en España, soslayando el mecanismo inicialmente -- concebido. Este criterio de flexibilidad ha sido corrob_o rado expresamente por el apdo. 1.1.b), del art. 2º del RIE (484).

A tenor de cuanto se ha indicado, podría establecerse, con relación a las operaciones de IE efectua-- das con pesetas convertibles, un diagrama de funcionamien_u to del tenor siguiente:



(484) Esta posibilidad viene, además, a obviar, el grave in-- conveniente que supuso el que una norma legal de rango inferior (La O.M. de 16 marzo 1.973) conculcase lo dis-- puesto en el D. de 24 diciembre 1.959, art. 1º d). Vid. LUCAS, Cuentas corrientes, cit.; pág. 818.

Las "cuentas de ahorro del emigrante", cuyos saldos tienen la consideración de pesetas convertibles (art. 5º, R.D. nº 1222/77), se crearon en virtud del D. de 29 - de octubre de 1.970, nº 3259, aplicándoseles, en la actualidad, las normas contenidas en el R.D. de 13 de mayo de 1.977, nº 1222 -que deroga el de 1.970, art. 14-, la O.M. de 21 de diciembre de 1.970 -en lo que no se oponga al - R.D. nº 1222/77, art. 14- y la Circ. del IEME, nº 273, - de 18 de enero de 1.971.

Su implantación respondió a la necesidad de otorgar a los emigrantes españoles un trato especial para los fondos que, generados en el extranjero, se transfiriesen a nuestro país, toda vez que el sistema de cuentas en pesetas convertibles no satisfacía plenamente las conveniencias de aquellos (485).

(485) El problema era el siguiente: a partir de 1.959 la emigración española a Europa alcanzó considerables proporciones, y estuvo caracterizada por una nota de temporalidad. Los emigrantes trasladaban su residencia al extranjero por un período limitado, con la idea de regresar a España transcurridos unos años e instalarse allí con el producto de los ahorros acumulados. En la mayoría de los casos, incluso, las familias permanecían en España durante todo este tiempo, siendo por tanto necesario que el emigrante les remitiera periódicamente el dinero necesario para su sostenimiento. Con frecuencia también, el emigrante necesitaba efectuar envíos para pagar los plazos de su vivienda, adquirir una pequeña propiedad o negocio o, simplemente, el mantenimiento - de una cuenta en España con un cierto saldo, que podía resultarle necesario para tener acceso al crédito na-cional (préstamos de ahorro-vivienda, etc.). El envío directo de transferencias a las cuentas ordinarias de sus familiares en España permitía atender a estas necesidades, pero los fondos así remitidos no tenían derecho de trabsferibilidad en el caso de que el emigrante se viese precisado a reintegrar una parte para sus necesidades en el extranjero. Las cuentas en pesetas convertibles que pudiera constituir tampoco resolvían enteramente sus problemas, pues no contaban con la flexibilidad suficiente para que los familiares residentes en España efectuaran pagos directamente con cargo a las mismas. A partir de 1.973, por otra parte, los envíos de divisas habrían tenido que ir necesariamente a una Cuenta A, que carece de derecho de transferibilidad. En suma, era preciso un tipo de cuentas que, disfrutan

1º) Formalización de las cuentas.

Se autoriza a los Bancos privados, al Exterior de España, a las Cajas de Ahorros Confederadas y a la Caja Postal de Ahorros, para la apertura de cuentas individuales de "Ahorro del emigrante", en los términos y condiciones que expresa la normativa vigente (art. 1º R.D. nº 1222/77).

2º) Titulares.

En primer lugar hay que subrayar que tan solo pueden ser titulares -por la propia esencia de éstas -- cuentas- las personas físicas; en segundo término, que se podrían identificar dos clases de titularidades, una definitiva y otra condicionada o diferida (art. 2º R.D. nº 1222/77): 1) los emigrantes de nacionalidad española, en tanto residan y realicen su trabajo en el extranjero, y 2) los -trabajadores que tramiten su emigración a través del Instituto Español de Emigración, siempre que su salida del país se lleve realmente a efecto en un periodo inferior a cuatro meses, contados desde la fecha de su solicitud.

Hay que tener en cuenta que, a diferencia de las cuentas "A" y "B", en este caso, cada persona física podrá ser titular de una sola cuenta de Ahorro del Emigrante, y que éstas se transformarán automáticamente en cuentas de ahorro ordinario en el término de dos años, a contar desde la repatriación del titular (art. 2º R.D. nº 1222/77).

A la vista del art. 4º, 2. de la reciente LCC,

do del derecho de convertibilidad, tuviese además toda la agilidad de las cuentas ordinarias de pesetas para que los familiares residentes pudieran disponer de -- ellas. Y ello unido a la conveniencia de ligar estas -cuentas a un marco de facilidades crediticias que les permitieran la adquisición de viviendas o el acceso a la pequeña propiedad. Fruto de todas estas necesidades fué la creación en 1.970 de las "cuentas de ahorro del emigrante". (ALVAREZ y EGUIDAZU, Control de cambios, -cit.; tomo I; págs. 151-152).

entendemos que la conversión automática, a que se refiere el párrafo anterior, no se producirá de tal forma, ya que el párrafo segundo del precepto citado de la LCC contradice tal solución. Estimamos que deberá producirse una acomodación del R.D. nº 1222/77 a la nueva normativa cambiaria, en el sentido de que no exista tal automatismo en la conversión.

La disposición de los saldos de éstas cuentas, puede realizarse: a) por el propio titular, y b) por las personas autorizadas por éste, si bien hay que tener en cuenta que, con arreglo al art. 3º del R.D. parece que no podrá hacerlo sino a favor de una o varias personas de su familia, hasta el segundo grado de parentesco por consanguinidad o afinidad, y en las condiciones de periodicidad y cuantía que el mismo establezca. No obstante, parece lógico que, además, el titular de la cuenta pueda autorizar a cualquier otra persona, y en las condiciones que estime oportunas, para que pueda disponer de la cuenta; aunque debamos reconocer que la redacción del precepto pueda fundamentar una opinión contraria a la que entendemos más -- adecuada.

3º) Modalidades.

Las cuentas "serán establecidas bajo la modalidad de Libretas individuales de Ahorro" (Instr. 1ª, Circ. nº 273), retribuyéndose sus saldos con arreglo al tipo básico de interés de redescuento del Banco de España, incrementado en dos puntos (art. 6º, R.D. nº 1222/77).

4º) Movimientos en las cuentas.

Respecto a las partidas de abono, el R.D. nº 1222/77 establece que "las imposiciones se harán necesariamente en divisas, bien directamente en los Bancos o Cajas o mediante transferencia o giro postal" (art. 4º).

La O.M. de 21 de diciembre de 1.970, vigente en cuanto no se oponga a lo establecido en el R.D. nº 1222/77, permite que las imposiciones o ingresos se puedan realizar, también, en "pesetas convertibles" (apdo. 2), y la Circ. nº 273 matiza ambos términos, incluyendo en las "divisas" tanto las convertibles admitidas a cotización en el mercado español como las que no gocen de tal calidad, y en las "pesetas convertibles" que puedan proceder de otras cuentas extranjeras en pesetas convertibles (cuentas "B") o pesetas procedentes de giro postal, a nombre de un Banco o de una Caja, y solo de países cuyas monedas están admitidas a cotización en el mercado español.

Se plantea aquí la duda de si, a tenor del R.D. nº 1222/77, tan solo cabe admitir imposiciones en divisas, o existe posibilidad de compatibilizar todas las normas citadas. A favor de la interpretación restrictiva puede esgrimirse la terminología utilizada en el art. 4º del R.D., taxativa, "se harán necesariamente en divisas". En contra, el argumento de que, el art. 4º del R.D. es copia literal del art. 4º del D. de 29 octubre 1.970, y que la O.M. de - diciembre de ese mismo año y la Circ. nº 273 de 1.971 se - dictaron, precisamente, para desarrollar el D. creador de éste tipo de cuentas. Ante el dilema legal, estimamos más lógica la última interpretación expuesta, que aceptamos en su integridad.

Por lo que se refiere a las partidas de cargo, y a la posibilidad de utilizar los saldos de estas cuentas para realizar IE, la doctrina entendió en su día que, dado el carácter atribuido a aquellos, como "pesetas convertibles", no parecía existir inconveniente alguno para ello (486), criterio éste que, actualmente, no puede ser dicutido, puesto que se acepta, implícitamente, por el RIE (art.

(486) LUCAS, Cuentas corrientes, cit.; pág. 826.

2º, apdos. 1.1.b. y 1.1.c.), y, explícitamente, por la Res. de la DGTE, de 20 de junio de 1.975, que lo admite para toda clase de IE (apdo. 1), pudiendo ser únicamente titulares de tales inversiones, los mismos que lo fuesen de estas cuentas (apdo. 2), a quienes les otorga todos los derechos que el RIE concede para el caso de las IE realizadas mediante la aportación de capitales exteriores (apdo. 3).

1.1.3. OTROS SUPUESTOS DE APORTACIONES DINERARIAS.

El RIE pretende no cerrar el paso a aportaciones dinerarias no comprendidas en los apartados anteriores, y que pueden contemplarse en el futuro, y de ahí que incluye una fórmula legal que permita la necesaria flexibilidad, al establecer que se considerará aportación dineraria exterior la que se efectue "en cualquier otro supuesto en que la Reglamentación sobre transacciones y transferencias con el exterior lo permita (art. 2º, apdo. 1.1.c.).

El uso que, en la actualidad, se ha hecho de - tan amplia como específica disposición, se concreta en la declaración contenida en la Circ. 4/74 de la DGTE (20 diciembre 1.974), a tenor de la cual se deben considerar incluidas en aquella: a.3.1.) las pesetas procedentes de saldos de cuentas "A", y a.3.2.) los billetes extranjeros -- (apdo. 1, a, 3, de la Instr. 1ª) (487).

A) Pesetas procedentes de saldos de cuentas "A".

En realidad no es fácilmente comprensible la -

(487) ALVAREZ y EGUIDAZU (Control de cambios, cit.; pág. - 637) incluyen un tercer término: las pesetas transferibles. A nuestro entender no creemos que sea correcta su inclusión en éste apartado, pues como tendremos ocasión de ver, prescindiendo de su trato "cambiario", éstas pesetas transferibles se generan en España, por lo que creemos que, en aplicación de la clasificación admitida en las primeras páginas de ésta Sección, su ubicación entre los capitales dinerarios interiores es más correcta.

a.3. de su Instr. 1ª, cuando ya se ha referido a ellos en - el apdo. a.1. de la misma norma; porque -como tendremos oca_sión de ver en la Sección III de éste capítulo- la fuente - normal de las aportaciones dinerarias exteriores son, preci_samente, los saldos en pesetas de éstas cuentas "A" (crea-- dos por la O.M. de 16 de marzo de 1.973).

Así lo entiende, igualmente, CAMARA, el cual se limita a examinar bajo la óptica de "otros supuestos" so_lamente el caso del apartado B) siguiente (billetes extran-jeros) (488), y aún éste, limitadamente.

No obstante ALVAREZ y EGUIDAZU (489) intentan explicar, ésta que entendemos una evidente anomalía, seña-- lando que la DGTE ha intentado aclarar el sentido que se -- atribuye en el RIE al término "saldo de cuentas extranjeras en pesetas convertibles" (art. 2º, apdo. 1.1.b.), y que po-dría encontrarse empañado por los antecedentes de la termi-nología utilizada en la O.M. de 16 de marzo de 1.973 (490).

B) Billetes de Banco extranjeros.

Aún cuando se admite que los billetes de Ban-co extranjeros están incluidos como una categoría más del - genérico concepto de "divisas", principal o marginal según las opiniones que ha expresado la doctrina, las normas so-- bre control de cambios someten, de ordinario, a regímenes - específicos su tratamiento y consideración. De ahí que, a - efectos de la cuestión que tratamos, debamos distinguir las siguientes hipótesis:

(488) Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, págs. 674 y 675.

(489) Control de cambios, cit.; tomo I; págs. 634 y ss.

(490) Nos remitimos a la Sección III de éste Capítulo.

la cesión de billetes de Banco extranjeros.

En éste supuesto, el importe de las pesetas generadas por la venta o cesión de billetes extranjeros a la Banca delegada entraría en la categoría de pesetas convertibles, y podrían -como tales- aportarse en las -- operaciones de IE.

Ahora bien, ésta posibilidad de aportación dineraria entraña serias dificultades en cuanto a la justificación de su origen, sobre todo si tenemos en cuenta que no existen ni cabe pensar, para éste caso, en la existencia de cuentas en las cuales pueda abonarse el importe de la cesión de los billetes. CAMARA (491) escribe que sería necesario, en tal supuesto, que el Banco comprador de los billetes extranjeros expidiese un certificado acreditativo: 1) de que el residente en el extranjero ha cedido billetes extranjeros con el fin de aplicar su contravalor a una IE determinada; 2) del número, importe y numeración de todos y cada uno de los billetes entregados a cambio, cada uno de los cuales tendría que ser comprobado por el fedatario (que intervenga en la operación; nos remitimos a la Sección III del Capítulo presente). El tema es complicado y solamente concebible desde un punto de vista -- esencialmente teórico; pero, en todo caso, parece que -de admitir la cuestión un tratamiento semejante- nos encontraríamos en la hipótesis provista en el RIE, art. 2º, -- apdo. 1.1.a) (es decir, "contravalor en pesetas de divisas convertibles"), conclusión que viene reforzada por el contenido del apdo. 2 de la Instr. 1ª de la Circ. 6-D.E. del Banco de España, de 16 de julio de 1.976, en la que -- se permite a las entidades con funciones delegadas la compra de billetes extranjeros a no residentes, contrá abono de su equivalencia en Cuentas extranjeras en Pesetas para pagos en España (cuentas A).

(491) Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 676, nota 98.

La Circ. 4/74 de la DGTE se refiere a éste su puesto en el apdo. a.3.2 de su Instr. 1ª, toda vez que con ditiona su validez al requisito de que, siempre "tales bi- lletes sean libremente aceptados por el acreedor" (es de-- cir, por la Sociedad española, en los casos de constitución o ampliación de capital, o el vendedor en los demás supues- tos de adquisición de valores mobiliarios).

La admisión de esta modalidad de aportación - dineraria exterior, que la doctrina en general acepta (492), requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1º) Adecuación de los billetes extranjeros a - las condiciones establecidas por la Circ. 4/74. Son éstas: que se trate de billetes extranjeros cotizados por el Ban- co de España (493) y correspondientes a las divisas conver- tibles admitidas a cotización en el mercado español.

2º) Forma de acreditar el carácter de aporta- ción exterior.

La entrega física de los billetes por el in-- versionista extranjero requiere que, de alguna forma, se - justifique plenamente. Por ello, entendemos que solo en -- presencia de un fedatario, que intervenga o no la operación de IE, podrá llevarse a efecto dicha entrega, ya que la -- formalización entre las partes, sin la presencia de aquel, de cualquier tipo de documento justificativo de la entrega,

(492) Aún reconociendo que se trata de casos muy extraños - (CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 675).

(493) El régimen de la operatoria con los billetes extran- jeros en nuestro país, está recogido por la norma 13 de la O.M. de 25 de agosto de 1.959, las Instruccio- nes 21/27 de Circ. IEME nº 256 (20 marzo 1.969) y la Circ. 6-D.E. del Banco de España, de 16 de julio de 1.976.

carece de validez oficial (494). Para CAMARA (495) parece que solamente en presencia del fedatario que interviene - la operación de IE deberá hacerse la entrega de los billetes extranjeros. Entendemos que nada se opone a que la entrega pueda efectuarse, con antelación a la formalización de la IE (supuesto éste admitido por la Res. de la DGTE - de 25 de enero de 1.975, normas 4ª, apdo. b, y 7ª, apdo. 4) y ésta podría realizarse ante un Notario diferente a - aquel que intervenga con posterioridad la operación de IE. En éste caso, el fedatario ante el que se realiza la entrega física de los billetes extranjeros, deberá consignar - en el documento que autorice, la clase de moneda de que - se trate, el número, valor nominal y numeración de los billetes, así como el valor en pesetas de la entrega efectuada con arreglo al cambio oficial cotizado en ese día - para el tipo de billete de que se trate (496). En el momento en que se formalice la IE, el fedatario que la intervenga -diferente del anterior- estimamos que podrá admitir como documento probatorio el que haya autorizado el primero, consignándolo así en la preceptiva declaración - de la inversión (normas 7ª, l. en relación con la 4ª, ambas de la Res. DGTE de 25 de enero de 1.975).

El residente español, receptor de los billetes extranjeros, está obligado a venderlos a través del mercado español autorizado, en el plazo de quince días, so pena de incurrir en delito monetario (art. 6º, B, LCC) o, en su caso, cometer una infracción administrativa grave (art. 10, 1, LCC).

C) Saldos de las "cuentas de ahorro del emigrante

(494) Al propio tiempo que podría constituir un claro expediente para consumir un fraude a la ley evidente.

(495) Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 676.

(496) Respecto al cambio a aplicar, entendemos que deberá - ser el "cambio comprador", por aplicación de otras -- normas específicas dictadas (vgr.: Circ. 4/74, Instr. 14ª, apdo. 3).

te".

Su estudio se ha realizado al tratar de los saldos de cuentas extranjeras en pesetas convertibles, por estimar que aquel era su lugar adecuado. Pero, en la posible duda sobre su correcta ubicación en aquel apartado, no cabe desconocer que, en todo caso, podría incluirse entre los supuestos a que se refiere, genéricamente, el apdo. 1.1.c) del art. 2º del RIE.

Dos supuestos específicos merecen ser citados antes de concluir con éste apartado de nuestro trabajo. El primero, referente a la eventualidad de efectuar IE aportando medios de pago exteriores, diferentes de los enunciados, y sin necesidad de autorización administrativa; el segundo, sobre la posibilidad, por parte del extranjero residente en nuestro país, de realizar la inversión utilizando capitales exteriores.

1. Aportación de otras variedades de capitales dinerarios exteriores, sin necesidad de autorización administrativa.

Esta posibilidad está contemplada en el apdo. 2 del art. 29 del RIE, a tenor del cual se permite que, en "las sucesivas transmisiones de los títulos efectuadas en el extranjero, entre no residentes", el pago se pueda realizar en "divisas", sin que entendamos que -- sea necesario el que se trate de alguna de las que expresamente estén admitidas a cotización en el mercado español (tal y como exige el apdo. 1.1.a) del art. 2º del RIE), porque el RIE no especifica nada al respecto, sin que, por otra parte, la operación así efectuada influya en absoluto en el movimiento de cobros y pagos con el exterior.

No obstante, cuando el adquirente de los títulos desee que éstos aparezcan inscritos a su nombre en

el Registro del Ministerio de Comercio (lo que implicará intervención de fedatario público español, en los términos que se expondrán posteriormente), la Circ. 4/74 de la DGTE, exige que la transacción "deba cifrarse en una de las divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español" (Instr. nº 14, apdo. 2).

2. Utilización de capitales exteriores por parte de extranjeros residentes en España.

Esta cuestión presenta mayor interés que la anterior, pues es frecuente el caso de extranjeros que, residiendo en nuestro territorio, desean efectuar inversiones utilizando para ello capitales que poseen en otros países.

El tema presenta dos vertientes claramente definidas: una, si existe legalmente esa posibilidad de aportar tales capitales exteriores; otra, si, contentada afirmativamente la cuestión anterior, gozarán estos inversionistas extranjeros de los mismos derechos que se confie-ren a los no residentes, en orden, principalmente, a la transferencia al exterior de dividendos, capitales, plusvalías, etc.

Este segundo aspecto será analizado en el Cap. - IV. Ahora solo nos ocupamos de examinar el primero.

Si recordamos cuanto se ha expuesto acerca de - los diferentes medios de pago de la IE y, sobre todo, las distintas formas de canalizarlos, casi podríamos dar por resuelto el tema, con una contestación que negase, al extranjero residente, la posibilidad de satisfacer el contravalor de la inversión con capitales extranjeros. No obstante, - si profundizamos más en el argumento, hemos de convenir - en que parece más acertada la respuesta afirmativa. Y ello en base:

1º) A que los textos legales -derogados y vigen--
tes- admiten que ésta hipótesis pueda realizarse. Así, la
O.M. de 15 marzo 1.963 (nº 1,1) contemplaba la posibili--
dad de que "los extranjeros, residan o no fuera de España",
pudieran adquirir libremente títulos mobiliarios previamente
emitidos por entidades españolas "mediante el pago en
pesetas procedentes de la conversión de divisas extranje--
ras negociables en el mercado español o con pesetas con--
vertibles"; por su parte, el RIE considera como IE las --
realizadas por "extranjeros residentes" (art. 1º, 1), pu--
diendo "realizarse" dichas inversiones "mediante aporta--
ción dineraria exterior" (art. 2º, 1), sin señalar, con--
cretamente, en que casos, y bajo que condiciones, podrán
formalizarse aquellas. Por otra parte, la LCC establece -
que "las personas físicas de nacionalidad extranjera que
residan en España tendrán la consideración de no residen--
tes respecto al patrimonio constituido fuera de España du--
rante su residencia en el extranjero" (art. 4º, 2, párra--
fo segundo). Creemos que huelga cualquier clase de comentari
al respecto y que, la conclusión apuntada con anterioridad,
puede mantenerse, sin equívocos, desde éste punto de vis--
ta.

2º) Por lo que se refiere al "procedimiento para
realizar la inversión", aunque es bien cierto que, bajo -
un prisma general, no parece que las normas de control de
cambios lo contemplen, no cabe desconocer que se prevén -
algunos supuestos especiales, que pueden ser de aplicación
al caso que analizamos. Por un lado, la derogada Circ. nº
242 IEME -22 de febrero de 1.968- permitió que, con auto--
rización del IEME, pudiesen abrirse cuentas en pesetas --
convertibles y divisas convertibles a favor de residentes
extranjeros (posibilidad ratificada por la Res. IEME, de
19 julio 1.961), criterio éste recogido por la Circ. 3-DE
del Banco de España, a tenor de la cual: a) se podrán abrir
cuentas como las señaladas, mediando autorización del Banco
de España (según parece deducirse de la Instr. 2ª, Circ.

3-DE), y b) sin necesidad de autorización, las entidades delegadas pueden seguir manteniendo en sus libros aquellas cuentas en divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español que estuvieren abiertas con anterioridad a la fecha de 1º de enero de 1.968, a nombre de extranjeros residentes en España (Instr. 1ª, nº 3, -- Circ. 3-DE).

Igualmente, si la posibilidad de realizar inversiones con capitales exteriores aparece como aceptable, entendemos que, por aplicación del contenido de la Instr. 3ª, de la misma Circ. 3-DE, la "realización" de la inversión no requiere autorización previa de ninguna clase, - pudiendo efectuarla el residente libremente.

Un caso especial plantea el supuesto de que la operación de inversión se realice, sobre valores previamente circulantes, entre su titular -extranjero no residente- y un extranjero residente en España, formalizándose la operación fuera de nuestro país y con pago en divisa (497).

El art. 29, 2 del RIE se refiere, únicamente, a las operaciones entre no-residentes, por lo que, a nuestro entender, se constata -para el supuesto que comentamos- una evidente laguna legal que, cualquier forma, hay que intentar salvarla. La lógica jurídica nos inclina a

(497) Se trataría del caso en que un extranjero no-residente suscribió, en la constitución de una sociedad, un determinado número de acciones, satisfaciendo su importe con capitales exteriores. Obtenida la autorización para exportar los títulos al extranjero, o depositados éstos en un banco español, su titular los enajena, en el exterior, a otro extranjero que reside en España y que, por poseer legalmente capitales en otro país, decide pagar al vendedor con éstos. Si el residente satisface el precio en pesetas, la operación deberá formalizarse siempre en España, so pena de incurrir en -delito monetario (ley de 24-noviembre-1.938, art. 1º, nº 19). También podría concebirse el supuesto de que se pague parte en divisas, en el exterior y otra parte en pesetas, en el interior de España.

pensar que, admitida la IE por residentes en España, con medios de pago situados en el extranjero, éste mismo criterio deba ser aplicado al caso que ocupa nuestra aten--ción, más aún si convenimos en que no se plantean ni tan siquiera los problemas de instrumentar un mecanismo, unas cuentas, por donde hacer "transcurrir" la aportación. Este criterio se encuentra reforzado por el apartado 2 del art. 4º de la LCC a cuyo tenor "las personas físicas de nacionalidad extranjera que residan en España tendrán la consideración de no-residentes respecto al patrimonio --constituído fuera de España durante su residencia en el extranjero" (párrafo segundo) que, aunque no contempla --el caso de la adquisición de un patrimonio en el exterior durante la residencia en España (vgr.: por título lucra--tivo), contiene un principio general, cuya aplicación --práctica no puede tener otra traducción que la de consi--derar que, todo patrimonio en el exterior cuya titulari--dad corresponda a extranjeros residentes en España, se --entenderá no sujeto a las normas del control de cambios dictados en nuestro país (principio de territorialidad). Otro tema distinto, y de solución más intrincada, es el relativo al disfrute de los derechos económicos que derivarían de la adquisición de los valores en las condiciones señaladas, y al carácter --transferibles o no al exterior-- que habría de aplicarseles.

1.2. APORTACIONES NO DINERARIAS.

Ya vimos como el RIE, junto a las aportaciones dinerarias, permitía --siguiendo el precedente tímidamente iniciado por la Ley de 24 de noviembre de 1.939 (art. 5º, a, párrafo segundo) y ampliamente consagrado por el D.L. --de 27 de julio de 1.959 y el D. de 24 de diciembre del mis--mo año-- la posibilidad de "pagar" las IE mediante la apor--tación de una serie de activos no dinerarios.

Nos encontramos, de nuevo, ante otro tema en --el que las normas de Derecho mercantil (privadas) y las --

ción que, en ocasiones, es difícil de deslindar. Si nuestra LSA señala que "las acciones representan partes aliquotas del capital social" y que "será nula la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad" (art. 33) y el RIE permite la aportación de asistencia técnica (art. 2º, l.c.) ¿cómo pueden compatibilizarse tales disposiciones? Si la misma LSA permite que los administradores de la S.A., dentro de un plazo de cuatro meses, a contar desde su constitución, están obligados a revisar la valoración de las aportaciones no dinerarias (art. 32, párrafo primero) y, aún, los propios accionistas, en los otros cuatro meses siguientes, solicitar la revisión de la valoración anterior (art. 32, párrafo segundo), y el RIE señala que la valoración del equipo capital de origen extranjero será, como máximo, la que se fije a efectos del pago de los derechos arancelarios (art. 2º, l.2), ¿cómo deben interpretarse condicionamientos tan diferentes? Si la obtención de licencias de importación está supeditada a la previa inscripción en el Registro mercantil de la sociedad petitionaria -lo que le concede la personalidad jurídica necesaria para la solicitud-, y la constitución de ésta está subordinada a la aportación de equipo capital, ¿cómo puede solucionarse la evidente contradicción que se produce entre ambas condiciones legales? Se produce, como vemos, una colisión de leyes que requiere, por fuerza, una solución, a veces difícilmente alcanzable, como habrá ocasión de comprobar.

1.2.1. EQUIPO CAPITAL.

El RIE (art. 2º) señala que las IE podrán realizarse "aportando directamente a una empresa equipo capital de origen extranjero" (apdo. l.b.).

Esta escueta declaración legal plantea un importante número de cuestiones que trataremos de resumir en los apartados que siguen a continuación:

Como escribía hace años GARCES (498) -glosando el D.L. de 27 julio de 1.959-, el legislador ha puesto en circulación la extraña locución de "equipo capital", que debe ser un eco hispanizado de un término anglosajón, pero no se ha tomado la molestia de señalar los contornos - de la misma, con el resultado de que coloca una vez más - al intérprete de la ley en una situación de desconcierto. Y añadía que "un criterio que podría servir para provocar la cristalización del vocablo, esencialmente vago y difuso, consistiría en establecer una equivalencia entre equipo capital y bienes idóneos para integrar el activo inmovilizado de la empresa. En ésta perspectiva ... sería relativamente fácil identificar los elementos subsumibles - en la modalidad de aportación que comentamos. Entre tales elementos figurarían, sin duda alguna, el utillaje, la maquinaria y el herramental (es evidente que a los dos primeros términos les conviene la denominación de equipo capital, mientras que en el caso de las herramientas es más dudosa la adecuación). Por el contrario, quedarían descartadas, por no constituir activo inmovilizado, las primeras materias". Para BERGAMO (499), en la noción de equipo-capital palpita cierta levadura de "universitas facti". Se trata -escribe- de un complejo de elementos patrimoniales, caracterizado por dos notas: 1ª, su afectación al capital fijo de la empresa, y 2ª, su destino a un uso permanente. Ambas características, inderogables, obligan a excluir de su ámbito las materias primas, así como todos aquellos bienes que se adquieren con vistas a una ulterior transferencia. Jurídicamente, el equipo capital puede comprender bienes muebles e inmuebles; pero desde el punto de vista de la IE hay que descartar los inmuebles, puesto que aquella debe tener "a fortiori" origen extranjero.

(498) Régimen jurídico, cit.; pág. 79.

(499) Sociedades Anónimas: Las acciones; Madrid, 1.970, tomo I, pág. 500.

to, ni la LIE ni el RIE -lo que no deja de ser extraño, ya que al menos podría haber incluido algunas pautas de orientación-, parece aconsejable admitir el criterio doctrinal expuesto por GARCES, aunque -como el propio autor reconocía-, "es inevitable que todas las consideraciones que sobre éste tema se formulen no tengan otro valor que el de -simples sugerencias".

B) Condiciones legales para su aportación regular.

A tenor de las normas que, sobre éste punto, contienen el RIE y la Circ. 4/74 de la DGTE (Instr. 1ª, l. b) estimamos que la aportación de equipo capital a una sociedad española requerirá:

a) que la aportación se efectue "directamente" a la empresa, lo que parece querer significar, por un lado, que el sujeto pasivo de la IE debe recibir y contabilizar la aportación con el mismo carácter con que se aporta; es decir que se trate de aportaciones "in natura" estricto senso; y por otro, que la aportación ha de realizarse sin que se produzca un "paso" previo por otra empresa que, a su vez, sea la que aporta al sujeto pasivo destinatario de la IE;

b) que el equipo capital sea de origen extranjero. Recoge el RIE la norma contenida en el derogado D. -de 24 de diciembre de 1.959 en el cual se suprimió el requisito que condicionaba la admisión del utillaje a que éste "no se obtuviera en la producción nacional" (art. 5º, a, párrafo primero). En la actualidad puede ser objeto de aportación cualquier modalidad de bienes de equipo capital, aunque los similares o idénticos sean objeto de fabricación -en nuestro país (500);

(500) El que los bienes aportados hayan sido o no previamente utilizados parece que resulta indiferente a efec--

c) que el equipo capital sea utilizado por la propia empresa a la que se ha efectuado la aportación. - Se trataría de evitar, con ésta medida cautelar, el frau de a la ley que pudiera instrumentarse a través de la -- aportación y subsiguiente enajenación de los bienes apor tados; pero no se explicaría, por ejemplo, la prohibición de cesión en arrendamiento a otras sociedades.

C) Cuestiones jurídicas que suscita ésta moda lidad de aportación.

La doctrina que se ha ocupado del tema con un cierto detenimiento ha puesto de relieve, principalmente, dos temas en los que se refleja la contradicción entre - las normas privadas y públicas a las que nos hemos refe- rido. Son éstos:

a) La cuestión relativa a la valoración de los bienes que se aportan (501).

El tema se inició y tuvo su importancia desde la misma publicación del D. de 24 de diciembre de 1.954, donde el art. 1º, al señalar taxativamente que la "valora ción será la que fije a efecto de los derechos arancela--

tos del RIE, ya que no se especifica condición alguna sobre el particular. BERGAMO (Sociedades anónimas, cit.; pág. 501) excluye ésta posibilidad de aportar equipo usado y FRAGUAS (Inversiones de capital extranjero, - cit.; pág. 56) critica ésta falta de precisión, que - sería muy necesaria -escribe- para evitar el riesgo - de que las industrias españolas se conviertan en depó sito de chatarra de los países más desarrollados. Tal vez, por ello, la ley argentina, por ejemplo, estable ce la necesidad, en tales casos, de que se trate de - "bienes nuevos de capital" y sus repuestos" (ley nº - 20.557, art. 1º, a,2). El Estatuto chileno de 1.977, por el contrario, admite los "bienes físicos, en todas sus formas y estados" (art. 2º, b).

(501) Sobre las normas que regulan la valoración del equipo-capital, nos remitimos a ESTEBAN J.B., Valoración de - inversiones extranjeras en España mediante aportación de equipo capital, en la obra Empresas multinacionales y derecho español, cit.; págs. 682 y ss.

de si habían perdido su valor -en estos casos- las prescripciones contenidas en el art. 32 de la LSA, obligando, en todo caso, a que tanto administradores (párrafo primero), como accionistas (párrafo segundo) y aún los propios Jueces (párrafo tercero) (503), a estar y pasar por la valoración determinada por imperativo legal. Así lo entendió MURO DE LA VEGA (504), para el cual la fijación "ope legis" del valor de éstas aportaciones, implica relegar a una disposición sin efecto la norma del art. 32 de la LSA. Esta interpretación no fué compartida, en general, por la doctrina (505). Para VERDERA (506) no cabe hablar de una colisión de normas, toda vez que la LSA no contiene criterios de valoración al respecto, porque no existe un criterio legal, de "jus cogens", que obligue a realizar las valoraciones de acuerdo con un determinado módulo de valoración. El legislador de 1.959 cubre esa deficiencia a través del establecimiento de una disposición como la reseñada.

A GARCES (507), el rango legal superior de la LSA, le hizo cuestionar la vigencia del D. de diciembre de 1.959, en este punto, alcanzando un resultado negativo respecto a este punto.

El RIE, haciéndose eco de la polémica suscitada, intenta resolverla acudiendo a un procedimiento ecléctico que consiste en determinar que la valoración fijada a efectos del pago de derechos arancelarios servirá de tope

-
- (502) En la ley de 24 de noviembre de 1.939, el utillaje -- aportado había que valorarse "a los precios del mercado internacional" (art. 5º).
- (503) Otros preceptos de la LSA que se ocupan del tema son el art. 11, 4º; art. 13; art. 17, 2º; y el art. 29.
- (504) Inversiones extranjeras en España, en Rev. Jurídica - Cataluña; Barcelona, 1.960; pág. 44.
- (505) Así, VALLET, Estudio de los problemas, cit.; pág. 432.
- (506) Aportaciones directas extranjeras, cit.; págs. 42 y ss.
- (507) Régimen jurídico, cit.; pág. 82.

máximo a la que pueda atribuirse aplicando las normas de la LSA. Con ello se evita una supervaloración artificiosa del equipo capital, rechazando así la posibilidad de fraude al Estado -en cuanto a la realidad de la cuantía de la aportación extranjera- y a los terceros -en cuanto al límite de la responsabilidad patrimonial efectiva de la Sociedad que recibe la aportación-. La solución parece adecuada, aunque se presta a que no se considere legalmente la realidad del valor de las aportaciones, cuando éste fué superior al asignado en aduana, lo que perjudica a los inversionistas aportantes. El superior interés de la economía nacional, no obstante, fuerza la lógica -de la admisión del sistema vigente.

b) La necesidad de obtención previa de la -licencia de importación de los bienes.

El RIE establece que "la importación (de -los bienes que componen el equipo capital) habrá de ser autorizada por los Organismos competentes" (art. 2º, 1.3.). Pero, de ordinario, éstas licencias no se conceden mientras la sociedad no está inscrita en el Registro mercantil. Esta doble exigencia legal hace que, como apunta CAMARA, nos encontremos, a primera vista, ante un círculo vicioso. De una parte, la aportación del equipo capital -es necesaria para que la sociedad pueda constituirse (al menos con el capital proyectado) pero, de otra, la aportación no puede llevarse a cabo porque la sociedad no está formalmente constituida (508). El tema ha sido objeto de análisis por la DG de los Registros y del Notariado, la -cual -en su conocida Res. de 10 de noviembre de 1.959 (509)-

(508) Estudios de Derecho mercantil, cot.; Vol. I, -pág. 751 y ss.

(509) Se discutía en el recurso, que motivó la Resolución, si la aportación podía entenderse realizada por la --nueva tradición instrumental del art. 1462 del C.c., aunque los bienes se hallasen en el extranjero pendientes de los permisos necesarios para entrarlos en España, o si ésta aportación debía juzgarse imposible mien-

portación implica la conclusión de que, al no haber ingresado en la caja social los bienes que deben ser aportados, no están desembolsadas las acciones suscritas, porque ello no se considerará que así sucede hasta tanto no pase libremente dicha maquinaria y utillaje a poder y posesión de la sociedad a la que se aporta (510).

Ahora bien, si para obtener las autorizaciones pertinentes, es condición precisa que la sociedad exista - como tal -es decir, que se halle inscrita en el Registro - mercantil-, se pregunta la doctrina como puede soslayarse la que parece evidente contradicción legal, el posible círculo vicioso que se produciría.

Los autores no se muestran de acuerdo primero, en que dichos obstáculos legales se produzcan en realidad y, segundo, en las soluciones que, admitiendo su existencia, deban ser arbitradas para obviarlos.

VERDERA (511) defiende la inexistencia del contradicciones, porque entiende que la validez de la aportación no requiere la concesión del permiso de importación, ya que tal idea no puede apoyarse en ninguna forma legal, - ni parece tener fuerza suficiente para "enervar la efectividad" de la tradición instrumental del art. 1462 del C.c.

Con relación a la remisión que el art. 31, párrafo segundo, de la LSA hace a las normas del C.c., en materia de entrega y saneamiento de la cosa, estima el mismo

tras no se obtuviesen estos oportunos permisos. Aunque el supuesto concreto se refería a la normativa de la ley de 24 de noviembre de 1.939, en éste punto concreto puede considerarse de total actualidad.

(510) Un amplio comentario sobre ésta Resolución puede verse en la Rev. de Derecho mercantil: ESPERANZA A., Tradición instrumental y aportación social; Octubre-diciembre, 1.960, nº 78, págs. 457 y ss.

(511) Aportaciones directas extranjeras, cit.; págs. 51-53.

autor, que tampoco parece que ofrezcan base suficiente para negar con carácter de generalidad que la sociedad "haya recibido efectivamente la aportación de la maquinaria sita en el extranjero" -como afirma la D.G. de los Registros- basándose en que la entrega y saneamiento son operaciones posteriores a la aportación; porque, si por aportación se entiende el objeto aportado y el acto de aportarlo en éste último sentido, que es el que aquí interesa, no cree VERDERA que la entrega sea una obligación posterior a la aportación. La aportación se actúa mediante la entrega, - que se entiende realizada cuando la cosa "se ponga en poder y posesión del comprador", como establece el art. -- 1462 del C.c. al que remite el art. 31, segundo, de la -- LSA. Y la tradición instrumental está prevista en el mismo art. 1462, 2º, mientras que el art. 1463 establece que "la entrega de los bienes muebles se efectuará ... por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta ...". Por lo tanto -concluye éste autor- la "efectividad de la aportación" no exige necesariamente el traslado material a España de la maquinaria o utillaje, que podría ser contrario a los intereses de la sociedad en un momento determinado, pudiéndose ser más -- conveniente conservar tal aportación en el extranjero; posibilidad que, aunque no sea normal, no puede dejar de estimarse (admitida, por ejemplo, en los arts. 1º y 4º de la ley de 4 de mayo de 1.948). La conclusión alcanzada -- por VERDERA puede resumirse en que "las aportaciones radicadas materialmente en el extranjero deberán computarse, a efectos del cumplimiento del precepto de la LSA, que -- exige que el capital esté "suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte por lo menos" (art. 8º), considerando totalmente liberadas las acciones que se entreguen en pago de esa aportación no dineraria.

La conclusión que se deduce de todo lo anterior es obvia: la sociedad podrá inscribirse, con su capital -

totalmente suscrito y desembolsado, en el registro mercantil y, posteriormente, podrá solicitar las pertinentes licencias para importar el equipo capital que los inversionistas extranjeros han aportado utilizando el mecanismo de la tradición "instrumental" del art. 1462 del C.c.

Frente a ésta concepción, la doctrina entiende, y en base a la existencia de unas normas de Derecho público -la ley de Delitos monetarios de 24 de noviembre de 1.938, y el D. de 24 de noviembre de 1.939- que se consideran aplicables a éste supuesto concreto, con primacía sobre las disposiciones de Derecho privado, que es clara la sumisión del art. 1462 del C.c. a aquellas, lo cual, prácticamente, dificulta la admisión de tal interpretación legal (512).

En general, quienes se han pronunciado sobre éste, lo han hecho buscando soluciones de otra índole con que soslayar las que entienden como claras contradicciones legales. Fundamentalmente dos son las posturas adoptadas (513):

b.1. Constitución de la sociedad bajo condición.

La condición se concibe en sus dos modalidades

(512) ESPERANZA, Tradición instrumental, cit.; pág. 477; MURO, IE en España, cit.; págs. 41-42. Para CAMARA (Estudios Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 751, nota 259), la razón de la inadmisibilidad deriva de que la falta de licencia, al impedir legal (y materialmente) la entrega, obsta a que ésta se entienda realizada por el solo hecho del otorgamiento de la escritura.

(513) GIMENEZ ARNAU (Constitución de sociedades, cit.; págs. 53-54) alude a un tercer procedimiento: conseguir el informe favorable para el proyecto de importación de maquinaria por parte del Ministerio de Industria, -- cuestión que está sujeta a la suerte, el oportunismo o la capacidad de persuasión.

lidades: suspensiva y resolutoria. Escuetamente pueden resumirse así:

b.1.1. La constitución bajo condición suspensiva, es uno de los expedientes defendido con ahinco - por gran parte de la doctrina (514). Se parte, en este supuesto del principio de considerar inscribible en el Registro mercantil una sociedad que se constituye con la condición suspensiva respecto al importe del capital a suscribir por los inversionistas extranjeros que aportan equipo capital, pendiente de la autorización administrativa para la importación de los bienes que componen la citada aportación.

No cumplida la condición, se podría entender, o que la sociedad no ha llegado nunca a existir, o que ha quedado constituida tan solo con el capital de los suscriptores que no condicionaron su suscripción, reduciéndose la cifra de aquel al importe cubierto por éstos.

Esta posibilidad es rechazada por CAMARA - (515), el cual la entiende muy forzada en los argumentos que se utilizan para defenderla.

b.1.2. La constitución bajo condición resolutoria (516) se presentaría, inicialmente, como una solución tal vez más aceptable que la anterior, toda vez que la sociedad inscrita goza, desde el mismo instante de la

(514) LUCAS (Contratación en España, cit.; tomo II, pág. - 763); GIMENEZ ARNAU (Constitución de Sociedades, cit.; págs. 53 y ss.); VALLET DE GOYTISOLO (Estudios de los problemas, cit.; págs. 432 y ss.); BLANQUER R., La inscripción de la S.A. constituida bajo condición suspensiva, en Estudios Jurídicos en Homenaje a Federico de Castro, Madrid, 1.976, tomo I, págs. 211 y ss.; BERGAMO (Sociedades anónimas, cit.; tomo I; pág. 503.

(515) Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, págs. - 753-754.

(516) Idea defendida por VALLET, Estudios de los problemas, cit.; pág. 433.

rídica, si bien, ante el cumplimiento de la condición, dejaría de desplegar sus efectos la inscripción realizada, produciéndose lógicamente la disolución de la sociedad -- (517) con efectos retroactivos lo que, al decir de la doctrina, se compadece mal con el principio que inspira el - Derecho de sociedades y que, en interés de la seguridad - del tráfico, condena que la ineficacia de la sociedad pueda operar retroactivamente (518). La razón apuntada desaconseja su utilidad.

b.2. Constitución de una sociedad piloto de poco capital, combinada con una subsiguiente ampliación de capital en la que se sujeta la suscripción de las nuevas acciones a la condición suspensiva que supone el que sea concedida la licencia de importación de los bienes -- que se deban aportar por los inversionistas extranjeros. La sociedad gozaría, desde la inscripción, de personalidad jurídica plena. El aumento de capital posterior no podría inscribirse hasta que la condición se cumpliera, pero el hecho de haberse acordado aquel, tendrá mucho más valor - que un simple compromiso asumido por los fundadores. Al - cumplirse la condición impuesta, la suscripción será firme y la sociedad podrá reclamar directamente la entrega - de los bienes aportados (519).

(517) BLANQUER, La inscripción de la SA, cit.; págs. 216-217.

(518) CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 755. Añade éste autor que "es verdad que en nuestro Derecho no puede afirmarse con certeza la existencia de este principio, aunque en materia de nulidad - el art. 3º del Rgto. del Registro mercantil permite - llegar prácticamente a resultados análogos, en virtud de la protección que dispensa a los terceros de buena fé. Más como tampoco existe un precepto que ampare - claramente el principio de irretroactividad, no parece que pueda impedirse el juego retroactivo de la -- condición cumplida, sobre todo si figura suscrita en el Registro. No deja de ser sintomático que la ley, al ocuparse de la vida de la sociedad, mencione expresamente el plazo y nada diga de la condición".

(519) Idea defendida, principalmente, por GIMENEZ-ARNAU (Constitución de Sociedades, cit.; págs. 54-56), CAMARA -

-tal y como apuntan ALVAREZ y EGUIDAZU (520)- éste problema se viene resolviendo al exigirse por la Administración, únicamente, la escritura de constitución sin necesidad de estar inscrita en el Registro mercantil.

1.2.2. APORTACION DE ASISTENCIA TECNICA, PATENTES Y LICENCIAS DE FABRICACION.

Permite el RIE (art. 2º) la aportación directa a una empresa de "asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación extranjera" (apdo. 1.c.), si bien éstas aportaciones "habrán de hacerse previa la autorización de sus contratos y su valoración por los Organismos competentes" (apdo. 1.3.).

Nos atrevemos a escribir que la aportación de tecnología, en materia de IE, alcanza hoy en día los honores estelares en la preocupación de todos los gobernantes por su reglamentación, ya que a través de ella se trata no solo de evitar el fraude, sino de lograr la adecuada eficacia que de su admisión cabe esperar (521). En nuestro país, el D. de 21 de septiembre de 1.973, nº 2343 y la O.M. de 5 de diciembre del mismo año -por los que se regulan -- los aspectos sustantivos de las transferencias de tecnología extranjera- son buena prueba de las preocupaciones apuntadas.

(Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, págs. 755-756). Sobre la crítica de ésta postura y la réplica por parte de su principal sostenedor, vid. nota - nº 265 de la pág. 756.

(520) Control de cambios, cit.; Vol. I, pág. 639.

(521) Recordemos los arts. 18 y ss. de la Decisión 24; la ley nº 19.231 de Argentina; el D. nº 2.153, de 5 de noviembre de 1.971, en Colombia, por el cual se reglamenta el D. nº 1.299 del mismo año sobre Régimen de capitales extranjeros, marcas, patentes, licencias y regalías; la ley mejicana de 28 de diciembre de 1.972, -- etc.

Es indudable que cada uno de los conceptos incluidos en el precepto reglamentario posee una entidad propia y diferenciada, por lo que no cabe efectuar una asimilación apresurada entre los mismos. Se hace preciso matizar su contenido específico, ya que existe una propensión natural a agrupar todas éstas ideas, bajo la terminología de "asistencia técnica", la cual implicaría no solo la -- transferencia concreta de conocimientos técnicos (bajo la modalidad de patentes, diseños, planos, estudios y proyectos, etc.), sino también la prestación de servicios de carácter técnico para el desarrollo de una actividad de producción (asesoramiento, supervisión de trabajos, formación de personal, etc.) (522).

Si prescindimos de la amplia temática que, en la actualidad, plantea éste tipo de aportaciones (523), - podemos dejar establecidas las siguientes ideas:

a) Por "asistencia técnica" puede entenderse la que se presta "relativa a la producción y distribución de bienes y servicios en todos sus grados, suministrada - por un periodo de tiempo fijado en función del objeto particular de ésta asistencia y en la que se incluyen, por - ejemplo, consultas o visitas de expertos, preparación de planos y diseños, supervisión de la fabricación, estudios de mercado y formación de personal" (OCDE, Código de Liberalización de Operaciones Invisibles Corrientes, Anexo A, apdo. A-3). En el Anexo A de la Circ. IEME, nº 248 (7 agos

(522) Tal sería el concepto "vulgar" de la asistencia teórica, al decir de ALVAREZ y EGUIDAZU, Control de cambios, cit.; Vol. I, pág. 483.

(523) Nos remitimos a ALVAREZ y EGUIDAZU (Control de cambios, cit.; págs. 483 y ss.), VICENT CHULIA (Régimen jurídico de la transferencia de tecnología extranjera, en - Rev. Jurídica Cataluña, octubre-diciembre 1.975, págs. 150 y ss.); Instituto de Estudios Bancarios y Bursátiles, Seminario sobre adquisición de tecnología extranjera, Bilbao, 1.975.

to 1.968) se incluye, bajo la rubrica de asistencia técnica", la asistencia relativa a la producción y distribución de bienes y servicios en todos sus grados, suministrada -- por un periodo fijado en función del objeto particular de ésta asistencia, y comprendiendo, por ejemplo, consultas y desplazamientos de expertos, preparación de planos y diseños de orden técnico, controles de fabricación, estudios -- de mercados, así como la formación del personal" (Código estadístico 01.00.(a)).

De ordinario, la asistencia técnica suele -- identificarse con la llamada "transferencia de tecnología", conceptos que la doctrina ha tratado de diferenciar. El D. nº 2343/1.973 es muestra evidente de la confusión conceptual apuntada, ya que en su art. 1º alude a las siguientes prestaciones bajo la rúbrica común de transferencia de tecnología: a) Cesión de derechos de utilización de patentes y demás modalidades de la propiedad industrial. b) Transmisión de conocimiento no patentados, planos, cintas magnéticas registradas con información digital, diagramas, especificaciones e instrucciones, y, en general, cesiones de conocimientos aplicables a la actividad productiva, acumulados y conservados bajo secreto y propiedad por las Empresas que lo controlan. c) Servicios de ingeniería, elaboración de estudios previos o anteproyectos, así como proyectos ejecutivos de tipo técnico, servicios de montaje, construcción y operación de plantas, entretenimiento y reparaciones de las mismas. d) Servicios de estudios, análisis, programación, consulta y asesoramiento en gestión y en administración, en cualquiera de sus aspectos. e) Servicios de formación y capacitación de personal relacionados o no con las prestaciones anteriores. f) Servicios de documentación e información técnica o económica. g) Otras modalidades de asistencia técnica.

Cuando la "asistencia técnica" se cede o -- presta bajo un régimen de secreto industrial (art. 1º, apdo. b), nos encontramos ante los supuestos de "know-how", trans

referencia tecnológica ampliamente desarrollados y analizados en la actualidad.

b) Patentes. Consisten -como escribe BERCOVITZ (524)- en "el monopolio legal de explotación temporal de una invención que concede el Estado, justificado -por ser un estímulo a la invención y a la innovación, a cambio de la revelación de la invención a la sociedad para que, transcurrido el plazo de exclusiva, sea explotado por todos".

El inversionista extranjero, en posesión de una patente, podrá ceder su uso al sujeto pasivo de la IE, en las condiciones que ambos hubieren acordado. En éste -sentido, la cesión de patentes está incluida en el apdo. a) del art. 1º del D. nº 2343.

c) Licencias de fabricación. En principio la "licencia" en general puede considerarse como un permiso para desarrollar una determinada actividad, lo que implica cuando se refiere al específico campo en que nos movemos, la cesión bajo ciertas condiciones -de carácter personal o material- de unos determinados conocimientos aplicables a la actividad productiva, propiedad del inversionista extranjero. Tal idea estaría contemplada en el apdo. b), art. 1º, del citado D. nº 2343.

B) Condiciones legales para su consideración como aportaciones extranjeras.

El RIE exige dos condiciones para la regularidad de ésta modalidad de aportación: la autorización --previa de los contratos y su valoración por los Organismos--

(524) Algunas nociones preliminares para el estudio de Derecho de patentes, en Rev. mercantil, 1.967, núms. -105-106; págs. 88 y ss.

mos competentes. Ambas cautelas responden al deseo de evitar los fraudes que, a través de éste tipo de aportaciones, pueden realizarse.

a) Autorización previa.

Respecto a éste punto, la doctrina se muestra dividida al concretar que normas legales serán de aplicación. Mientras BERCOVITZ (525), al que se adhiere CAMARA - (526), considera que no es de aplicación el D. nº 2343/1973, porque la regulación que contiene se refiere solamente a la adquisición de tecnología por medio de contratos sin -- que, al parecer, se refiera al caso de adquisición a título de aportación social -con lo cual se produciría una laguna legal importante- (527), VICENT CHULIA (528) estima -- que, al referirse la O.M. de 5 diciembre 1.973 a los mismos contratos "cualquiera que sea la naturaleza de la cuantía prestación por parte del receptor de la tecnología", -- admite de hecho que la aportación de ésta, como pago de -- una IE, ha de considerarse incluida en el ámbito del D. nº 2343/1.973/

A nuestro entender, ésta última opinión nos parece correcta y práctica, ya que, estando bien fundamentada, evita la posibilidad de lagunas legales.

A tenor del art. 2º del citado Decreto, corresponderá la competencia, para otorgar la autorización previa,

- (525) La transmisión de tecnología y su problemática jurídica actual, en Seminario, cit.; pág. 100.
- (526) Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 759.
- (527) LUCAS (IE en España, cit.; pág. 130) duda en ésta cuestión, sin adoptar criterio alguno.
- (528) Régimen jurídico, cit.; pág. 153. Este mismo criterio es sostenido por WERTH D., La aportación de tecnología y de bienes de equipo de origen extranjero, en la obra colectiva Empresas multinacionales y Derecho español, cit.; pág. 409.

al Ministerio de Industria (529) el cual tendrá en cuenta, para concederla, las condiciones en que la aportación de tecnología pueda producirse con las miras puestas en el mayor beneficio para el conjunto de la economía nacional -- (arts. 2º, a. y 4º del D. nº 2343 y apdo. 3º de la O.M. de diciembre de 1.973).

Al propio tiempo se impone la inscripción - en el Registro de Contratos de Transferencia de Tecnología, del mismo Ministerio (art. 3º) de la convención formalizada para la aportación, no solo en razón a su discutible -- eficacia, sino como requisito para gozar del derecho de -- transferencia al exterior que conlleva este tipo de aportación.

b) Valoración de la aportación.

El apdo. 1.3. del art. 2º del RIE prescribe que la valoración se efectuará por los Organismos competentes con lo cual, aparte de plantearse la misma cuestión -- acerca de la supuesta contradicción entre el RIE y la LSA que ya analizamos al referirnos al equipo capital, surge -- la duda acerca de que criterios serán aplicados por el Ministerio de Industria -admitiendo su competencia, por aplicación extensiva de las disposiciones del D. de 21 de no--viembre de 1.973 y la O.M. de 5 de diciembre del mismo año-- para efectuar la valoración de las aportaciones (530).

Para CAMARA (531), las normas específicas -

(529) El D. nº 2343/1.973, prevé la competencia del Ministerio de Comercio para la autorización de pago en divisas, en los casos procedentes, correspondientes a cada contrato (arts. 2º a y 6º).

(530) Para ALVAREZ y EGUIDAZU (Control de cambios, cit.; tomo I, pág. 640) los "organismos competentes" lo serán por razón de la materia o contenido de las distintas modalidades de asistencia técnica, patentes o licencias; GARCES (Régimen jurídico, cit.; pág. 35) estima como competente al Ministerio de Industria.

(531) Estudios Derecho mercantil, cit.; pág. 760.

transferencia de tecnología que no cabe encajar fácilmente en la finalidad que persigue el RIE, y lleva razón. El tema, a nuestro entender, es espinoso, pues mientras al referirse el RIE al caso del equipo capital se indica un criterio de valoración concreto -que actúa como límite máximo - para los interesados-, en el supuesto que analizamos tal -flexibilidad es inadmisible -la valoración efectuada es taxativa, única-, con el agravante de que la Administración goza de unas facultades discrecionales absolutas.

C) Cuestiones jurídicas que suscita ésta modalidad de aportación.

La principal de las controversias doctrinales que plantea la aportación de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación, surge cuando se contempla su posibilidad de constituir la contrapartida o el precio a la suscripción de acciones en una SA. El art. 33 de la LSA declara "nula la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad", y en el art. 31 enumera como tales, las aportaciones dinerarias, las de bienes muebles e inmuebles o derechos asimilados a ellos, los derechos de crédito y las empresas o establecimientos mercantiles o industriales.

Si resumimos el sentir de la doctrina patria, alcanzaríamos las siguientes conclusiones:

1ª) Que la antinomia entre la LSA y el RIE se constriñe exclusivamente a las aportaciones consistentes en "asistencia técnica", puesto que en los otros dos supuestos -patentes y licencias de fabricación- su consideración como aportaciones patrimoniales no parece ofrecer dudas.

2ª) Respecto a la "asistencia técnica", la doctrina se manifiesta señalando:

cios, queda excluido el carácter de "aportación in natura" y, por tanto, no se entiende contemplada en el ámbito del art. 31 LSA; (532)

b) que nada obsta para que el importe de la asistencia técnica, sea incorporado a títulos de crédito, valores mobiliarios, que, no atribuyendo a su titular la cualidad de accionista, pueda concederle una participación en los beneficios sociales y, eventualmente, permitirle - la transmisión de su titularidad; (533)

c) que si no cabe admitir que la asistencia técnica se aporte como contravalor de acciones en el momento fundacional de la sociedad, parece que no violentaría - la normativa legal que ello sucediese en un momento posterior, es decir, en subsiguientes aumentos de capital, aunque ya bajo otro prisma que implicaría su transformación -

(532) GARCES, Régimen jurídico, cit.; pág. 34; URÍA, Comentarios a LSA, cit.; Vol. I, pág. 355. No obstante la conclusión general alcanzada, discrepa la doctrina - acerca de su fundamento, pues mientras la mayoría de los autores entienden que la prestación de un servicio carece de suyo de entidad patrimonial, algún - otro (CAMARA, Estudios Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 758) rechaza tal idea, señalando que el fundamento radica, por un lado, en la difícil valoración del crédito que la sociedad adquiere frente al obligado a realizar los servicios, y por otro, el que la "ratio" del art. 31 LSA, contemplado desde la óptica de los acreedores sociales, que es la que, en definitiva, interesa, postula que el capital social se desembolse con bienes susceptibles de ser ejecutados - en el caso de que la sociedad no pague. Pues bien, a pesar de lo dispuesto por el art. 1447, 10º, de la ley de enjuiciamiento civil, no parece que aquella - circunstancia concorra en los derechos de que la sociedad se halla investida frente al deudor de asistencia técnica. Concluye CAMARA preguntándose ¿cómo imaginar, en efecto, que el aportante resulte obligado, sin su consentimiento, y en contra de lo dispuesto por el art. 1205 del C.c., a prestar asistencia - técnica a persona distinta de la sociedad, es decir, al acreedor o acreedores que ejerzan la acción subrogatoria, o al adjudicatario en el supuesto de ejecución "senso strictu"?

(533) Nos remitimos a la Introducción; también NUÑEZ LAGOS R., Reforma de la SA, en Rev. Estudios Políticos; Madrid, 1.947; núms. 35-36, pág. 190; VERDERA, Aportaciones directas extranjeras, cit.; pág. 58.

en un crédito a favor del aportante frente a la sociedad -en razón a servicios ya prestados-, que encajaría entonces en el contenido del párrafo último del art. 31 de la LSA; (534).

2. CAPITALS INTERIORES.

En éste apartado se analizan las aportaciones calificadas como pesetas interiores y ordinarias, sin olvidar las referencias a otros posibles supuestos de aportación de capitales existentes o generados en España.

2.1. PESETAS INTERIORES.

El RIE (art. 2º) permite que las IE se realicen "mediante la utilización o aportación de capitales interiores, cuyo valor tenga la consideración de pesetas interiores (apdo. 2), pudiendo, los inversionistas extranjeros, "utilizar los saldos de sus cuentas extranjeras de pesetas interiores, previa autorización administrativa" - (apdo. 2.1.).

A) Concepto y generación de las "pesetas interiores".

Se denominan "pesetas interiores" aquellas cuya titularidad corresponde a una persona física residente en el extranjero, o una persona jurídica extranjera, y que, generadas en España, no gozan del beneficio de la libre convertibilidad.

A tenor de lo reseñado, las "pesetas interiores" se caracterizan por los siguientes rasgos legales:

(534) URÍA, Comentarios a la LSA, cit.; Vol. I, pág. 356; ALVAREZ y EGUIDAZU, Control de cambios, cit.; tomo I, pág. 641; LUCAS, Contratación en España, cit.; Vol. II, pág. 764; GARCÉS, Régimen jurídico, cit.; pág. - 34.

1º) se trata de pesetas generadas en el interior del país, es decir, en principio similares a las pesetas ordinarias; 2º) reconocen como titulares de su propiedad a personas físicas, españoles o extranjeros, que no tengan su residencia en España, y a personas jurídicas extranjeras; 3º) no gozan, en principio, del beneficio de poder ser convertidas en otras divisas extranjeras, ni de poder ser transferidas al exterior libremente.

Los conceptos que generan pesetas interiores fueron expresamente establecidos en la Res. del IEME, de 19 de julio de 1.961, habiendo introducido un cierto grado de confusionismo en el tema la Circ. del IEME nº 283 -de 8 de marzo de 1.972-, la cual, excediéndose de la idea que presidía su redacción "aclarar y refundir" con objeto de "unificar criterios e interpretar adecuadamente" las normas anteriores, como dice su preámbulo introduce conceptos nuevos y silencia otros existentes con anterioridad, creando serias dudas en la interpretación práctica de su contenido. Y el tema tiene gran importancia porque de aplicarse en primer término el contenido de la Circ. nº 283 -posterior en el tiempo a la Res. de 1.961-, muchas de las partidas que con anterioridad eran de libre abono como pesetas interiores, estarían ahora consideradas como "ingresos bloqueados" (sujetos solamente al Decreto nº 313/37). El tema no ha dejado de analizarse por la escasa doctrina que se ha ocupado de éstas cuestiones de "derecho monetario" (535), alcanzando conclusiones dispares, pues mientras algunos estiman que la Circular no se dictó con una finalidad práctica restrictiva (ALVAREZ y EGUIDAZU), otros la entienden de forma opuesta (LUCAS). A nuestro entender, debe aplicarse, por principio, el contenido de la Res. de 1.961 por su pro

(535) LUCAS F., Cuentas corrientes a favor de residentes en el extranjero, en Rev. Derecho privado, Madrid, -octubre/1.973; págs. 819 y ss.; ALVAREZ y EGUIDAZU, Control de cambios, cit.; tomo I, págs. 144-145, y especialmente la nota nº 10.

(nos remitimos a lo expuesto en la Introducción al tratar de las "normas unilaterales"; págs. 148 y ss.), atendiendo al contenido de la Circ. nº 283 para completarla en -- sus oscuridades o lagunas. A tenor de ésta interpretación, las "pesetas interiores" se generan por dos vías principalmente, según los casos:

1ª) por la conversión de pesetas ordinarias en pesetas interiores. Cuando una persona física, español o extranjero, traslade su residencia fuera de nuestras -- fronteras, o una persona jurídica española cambie su domicilio al extranjero, las cuentas que, hasta entonces poseía en pesetas ordinarias se transforman automáticamente en cuentas en pesetas interiores, sometiéndose desde tal momento al régimen legal previsto para éstas (Res., apdo. 7), salvo que la DGTE (D. 26 julio 1.973, nº 1791) autorice expresamente al titular la transferencia al extranjero del saldo de la cuenta o su abono a "cuenta extranjera en pesetas convertibles (Circ. nº 283, Instr. cuarta).

2ª) Cuando cualquier persona física, no-residente, o las personas jurídicas extranjeras, obtengan -- ingresos derivados de ciertos títulos jurídicos, siempre y cuando éstos se refieran a "conceptos no correspondientes a mercancías". En éstos casos, el régimen de caracterización, como pesetas interiores, es doble:

a) mediante autorización administrativa previa, cualquier ingreso obtenido por personas físicas o jurídicas de la condición ya indicada, puede ser declarado como "pesetas interiores" (Res., apdo. 6; Circ. 2.283, -- Instr. primera, 2);

b) sin necesidad de autorización alguna, la Banca delegada deberá entender que se trata de "pesetas -- interiores" en los casos siguientes: importe de pensiones, sueldos y emolumentos de cualquier índole, devengados por

el titular de la cuenta, que no disfruten del carácter de transferibles (Res., apdo. 8.1.); el importe de ventas, dividendos y otros ingresos que no disfruten del carácter de transferibles (Res., apdo. 8.2.) (536); el importe de los premios o reintegros de la Lotería nacional obtenidos sobre billetes o participaciones adquiridos con cargo a la propia cuenta (Res., apdo. 8.3.; Circ. nº 283, Instr. segunda, A.2.) o a otras diferentes (O.M. de 4 diciembre 1.975); los intereses devengados sobre los saldos de las propias cuentas (Res. apdo. 8.4.; Circ., Instr. segunda, A.3); el importe de cantidades procedentes de otras cuentas en pesetas interiores (Circ. nº 283, Instr. segunda, A.4.); las ganancias obtenidas en juegos a los que se refiere el R.D. de 11 marzo 1.977, nº 444.

B) IE con "pesetas interiores".

La Res. de 1.961, apdo. 8.7., permite adeu--dar las cuentas en pesetas interiores "por aplicación en compra en las Bolsas españolas de valores mobiliarios emitidos por el Estado, la Provincia o el Municipio, Cédulas del Banco Hipotecario de España o del Banco de Crédito Local", concepto éste liberalizado por la Circ. nº 283 al permitir todas "las adquisiciones de valores mobiliarios admitidos a cotización en Bolsa" (Instr. segunda, B.3.).

No obstante la claridad con que se pronuncia la Circ. nº 283, puede plantearse la duda de si tal liberalización queda sin efecto en virtud del apdo. 2.1. del art. 2º del RIE, al exigir la autorización administrativa sin ninguna otra especificación. La cuestión que podría --

(536) Respecto a éste punto, en su conexión con el tema de la IE en inmuebles, vid. ALVAREZ y EGUIDAZU, Control de cambios, cit.; tomo I, págs. 141 y ss. En relación a los abonos de dividendos en éstas cuentas CAMARA - (Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 680, nota 115) mantiene la tesis de que no deben abonarse en éstas cuentas, criterio que -por los términos en que está redactada su inclusión- creemos que no puede compartirse.

publicación de la Circ. 4/74 de la DGTE (20 diciembre -- 1.974), que deroga, expresamente, el apartado B.3. de la Instr. segunda de la Circ. nº 283 (Instr. final quinta). Esta Circ. de 1.974 ha venido a admitir que, mediante la aportación de "pesetas interiores", se pueden adquirir - todo tipo de valores mobiliarios, en unos supuestos precsando la autorización expresa de la DGTE en cada caso (IED) y, en otros sin tal obligación (IEC) (Instr. 7ª, 2.b, y - 41ª, 3.b); criterio éste corroborado, respecto a las IEC, por la Res. DGTE de 23 de enero de 1.975 (apdo. I,1.) la cual, a su vez, deroga el apdo. 8.7. de la Res. de 1.961.

Así pues, con cargo a cuentas en "pesetas interiores" se pueden adquirir valores mobiliarios de todo tipo, necesitando autorización administrativa expresa, caso por caso, de la DGTE en los supuestos de IED, y sin necesidad de cumplir tal requisito, en los valores cuya compra implique la realización de operaciones de IEC (537).

C) Las "cuentas extranjeras de pesetas interiores".

Las cuentas extranjeras de ésta nomenclatura, reflejan los movimientos de fondos que, con arreglo a lo expresado con anterioridad, tienen la consideración de pesetas interiores.

El origen histórico-legal de éstas cuentas - puede situarse en el L. de 15 de julio de 1.961, nº 1146, por el que se declara la convertibilidad exterior de la pe

(537) La hipótesis que plantea LUCAS (IE en España, cit.; pág. 119) respecto a las pesetas interiores que no - se hallen en cuenta corriente -pesetas "en calcetín"- y su posibilidad de realizar IE en España con ellas, parece impensable tanto desde el punto de práctico como legal (porque entrañaría la comisión de un delito monetario; LCC, art. 6º, A), 4º).

seta el cual, al afectar a todos los saldos en pesetas, - propiedad de no-residentes, que procedan de operaciones - expresamente autorizadas (que originan las cuentas extran- jeras en pesetas convertibles), deja fuera de su ámbito - de aplicación todos aquellos otros supuestos en los que - no concurrían tales circunstancias específicas. En éstos casos, la vigencia del D. nº 313/1.937, de 5 de julio, -- era incuestionable, de tal forma que cualquier movimiento de adeudo o abono en estas cuentas, propiedad de no-resi- dentes, exigía la autorización administrativa previa.

Transcurridos muchos años desde la publica- ción del D. nº 313/1.939, y con el nuevo rumbo imprimido a nuestra política monetaria a partir del D. de Ordenación Económica de 21 de julio de 1.959 -nº 10-, se consideró en 1.961 que, acorde con la nueva filosofía nacional de las - relaciones económicas internacionales, era preciso flexibi- lizar las rígidas coordenadas legales en que, hasta enton- ces, se había enmarcado toda esta cuestión. Para ello se - establecieron éstas "cuentas extranjeras en pesetas inte- riores" en la Res. IEME de 19 de agosto de 1.961, a tenor de la cual, serán entendidas como tales "las abiertas a -- nombre de personas jurídicas extranjeras o personas físicas, españolas o extranjeras, con residencia habitual en el ex- tranjero, cuya movilización está sujeta a las condiciones establecidas con carácter general por el D. 313 de fecha - 5 de julio de 1.937, o en virtud de Resolución dictada por el IEME en el momento de creación de tales haberes".

Se producía así, respecto a éstas cuentas, la existencia de un doble régimen en cuanto a su movilización:

a) Movimientos sometidos, en todo caso, al D. nº 313/1.937: todos los que no estuviesen específicamente liberalizados; de tal forma que ésta sería la regla gene- ral a tomar en consideración (538);

(538) El D. nº 313/1.937 establecía, en su artículo único,

b) movimientos para los que se concedió a la Banca delegada, la facultad de poder formalizarlos sin la previa autorización del Banco de España; es decir, los que se acogen a un régimen concreto de autorización general: eran estos los que expresamente citaba, caso por caso, la Res. de 19 de julio de 1.961, apdos. 5º a 9º.

En la actualidad el régimen legal aplicable a ésta modalidad de cuentas está esencialmente constituído por la Circ. IEME nº 283, de 8 de marzo de 1.972, - en la que se recoge, con ciertas modificaciones aconsejadas por la experiencia adquirida, la Res. de 1.961. Es el siguiente:

1º) Formalización de la apertura: estas - cuentas para poder ser abiertas requerirán la previa autorización de la DGTE (539), que deberá ser solicitada en - el momento en que se produzca la primera partida de abono (Circ. nº 283, Instr. 1ª, 2), sin que se faculte a más -- Bancos que a los "delegados" para que puedan formalizar-- las (Circ. nº 283, Instr. 1ª, 1) (540). Ante la negativa de apertura, los fondos deberán depositarse en una "cuen-

hibido disponer libremente de los saldos en pesetas - existentes en cuentas a favor de titulares que resi-- dan en el extranjero" (párrafo primero) y que "para - movilizar dichos fondos deberá solicitarse previamen-- te, y en cada caso, autorización del Comité de Moneda Extranjera, a cuyo efecto se consignará en la solici-- tud el destino que ha de darse a los recursos de refe-- rencia" (párrafo segundo).

(539) Esta competencia, según indicamos, le viene atribuida a la DGTE en virtud de lo dispuesto en los Decretos - de 26 julio 1.973, nº 1791, en relación con el de 24 noviembre 1.939 (art. 5º, apdo. k).

(540) Debe recordarse que la Res. de 1.961 permitía su for-- malización, igualmente, en los Bancos que tuviesen -- tal carácter (norma 5ª), y aún en los libros de conta-- bilidad de personas físicas y jurídicas que no osten-- tasen carácter bancario (norma 9ª, párrafo segundo). Como señala la Instr. 21,4. de la Circ. nº 283, "a la entrada en vigor de la presente Circular, los Bancos que no ejerzan funciones delegadas deberán cancelar - las cuentas extranjeras de pesetas interiores que pu-- dieran mantener abiertas, traspasando sus saldos a un Banco con funciones delegadas".

ta bloqueada', sujeta en todo el D. nº 313/1.937.

2º) Titulares: deberán ser, en todo caso "no residentes" (Circ. nº 283, Instr. 1ª, 1), locución que debe entenderse, de conformidad con lo que señalaba la Res. de 1.961 a la que hicimos referencia con anterioridad.

3º) Modalidades: ante el silencio que, sobre éste punto, guardan tanto la Res. de 1.961 como la -- Circ. nº 283, nos inclinamos por admitir que la cuenta -- pueda establecerse con cualquiera de las modalidades usuales, es decir, a la vista, a plazo o de ahorro, ya que si se admiten en las cuentas "A" y "B", no encontramos razón por la cual, en éstas, más controladas si cabe que aque--llas, no debiera entenderse de otra manera. Estas cuentas devengarán el tipo de interés fijado para las cuentas or--dinarias de ~~pesetas~~ abiertas en la Banca española (Circ. - nº 283, Instr. 1ª, 3.).

4º) Movimiento de éstas cuentas.

Al analizar, recientemente, las vías de ge--neración de las pesetas interiores, nos hemos referido, - de hecho, al movimiento de las operaciones de abono de éstas cuentas y a los problemas que suscitaba la nueva orde--nación dada al tema por la Circ. nº 283, por lo que a lo allí expuesto nos remitimos, en evitación de inútiles re--peticiones. Y lo mismo sucede en lo referente a los adeu--dos y su incidencia en las operaciones de IE, suficiente--mente explicada.

No obstante, debemos matizar alguna de las ideas expuestas en aquella ocasión.

Nos referimos al caso de la adquisición de valores mobiliarios, cuya compra implica la realización - de una IEC. La Res. de la DGTE, de 23 de enero de 1.975 - (apdo. I,1.) viene a permitir la utilización de saldos de

lidad, salvo que "en la autorización de apertura de la cuenta se hubiese establecido otra cosa", es decir, que se haya prohibido expresamente tal posibilidad. Mientras la DGTE, - al autorizar la apertura de la cuenta, no prohíba taxativamente este tipo de operaciones, el titular deberá considerarse facultado para efectuar, con cargo a ella, operaciones de IEC.

Ahora bien, la misma Res. de enero de 1.975, establece:

1. que, en todo caso, las utilidades ordinarias que generen las IEC satisfechas con pesetas interiores (es decir: intereses, dividendos y precio obtenido en la venta de los derechos de suscripción preferente), tienen el carácter de "pesetas transferibles" (apdo. I, 2, párrafo primero), y

2. que el importe de la venta de los títulos en los que se materializó la IE efectuada con cargo a una - cuenta de pesetas interiores (precio total: nominal y, eventualmente, plusvalías obtenidas en la desinversión), también alcanzan la calificación de "pesetas transferibles", siempre y cuando "la inversión hbiera permanecido ininterrumpidamente en los mismos valores durante un periodo de tiempo superior, en todo caso, a los tres años" (apdo. I, 2, párrafo - segundo) (541) (542).

En los dos supuestos mencionados, el importe de las utilidades y del precio obtenido, no se abonarán en la "cuenta extranjera de pesetas interiores" de donde proce

(541) Sobre el sentido de la frase "en los mismos valores", nos remitimos al Cap. IV de éste trabajo.

(542) Si no se produce tal circunstancia, el producto de la correspondiente liquidación será acreditado de nuevo en una "cuenta extranjera de pesetas interiores" (Res. DGTE, 23 enero 1.975, apdo. I, 2, párrafo segundo, final).

dieron o "salieron" los fondos para realizar la IEC, sino en una "cuenta extranjera en pesetas convertibles" o cuenta "B", ya que, según indicamos, tal es el cauce para la salida de España de los fondos que gocen del derecho de - transferencia al exterior (tal y como señala la O.M. de - 16 marzo 1.973, en su nº 3, punto 1).

El saldo de éstas cuentas deberá ser siempre acreedor (Circ. nº 283, Instr. 3ª), al igual que se ha establecido para con las cuentas "A" y "B".

2.2. PESETAS ORDINARIAS.

El RIE (art. 2º) permite que las IE se realizen "mediante la utilización o aportación de capitales interiores, cuyo valor tenga la consideración de pesetas ordinarias" (apdo. 2), que podrán ser utilizadas con tal -- fin por "las personas físicas extranjeras, residentes en España" (apdo. 2.2.).

A) La "especialidad" de las IE en pesetas ordinarias.

El concepto de "pesetas ordinarias" no requiere explicación alguna; se trata de nuestro signo monetario, al que se reconoce pleno poder liberatorio para todos los negocios jurídicos formalizados y ejecutados en el inte--rior de nuestras fronteras.

En principio, solo pueden utilizar nuestra - moneda, plenamente en el país, sin restricción alguna, ni sometido a régimen específico de cualquier naturaleza, -- quienes sean calificadas como residentes (personas físicas, españolas o extranjeras) o nacionales (personas jurídicas).

No obstante éste principio general, en lo -- que atañe al régimen de IE es preciso hacer algunas matizaciones:

1 del art. 1º de la LIE, tan solo las inversiones realizadas por extranjeros residentes en España, con pesetas ordinarias, serán calificadas -como es lógico- de IE y sometidas a la -- normativa específica aplicable a éstas operaciones;

2ª) que la O.M. de 1º de marzo de 1.973 (que -- aprueba el Rgto. del Servicio de Cuentas Corrientes Posta-- les) parece contradecir el principio general, según el cual todo español residente en el extranjero, no puede ser titu-- lar de cuentas corrientes en pesetas ordinarias (recordemos, Res. de 19 de julio de 1.961, apdo. 7 y Circ. IEME nº 283, Instr. cuarta), con lo que podría introducir la duda razona-- ble acerca de si tales españoles pueden realizar IE aportan-- do pesetas ordinarias, lo que, francamente, contradice abier-- tamente toda la filosofía de las normas monetarias. En efec-- to, el art. 9º de dicha disposición admite -en su número 3- que "los españoles residentes en el extranjero" sean titula-- res de cuentas corrientes postales", lo cual, unido a la -- falta de previsiones concretas en orden a la apertura y dis-- ponibilidad, parece abocarnos a unas conclusiones "totalmen-- te absurdas y como tal insostenibles" (543).

Si partimos del principio caracterizador de -- las normas sobre control de cambios, hemos de convenir en -- que el Reglamento del Servicio indicado carece de validez en todo lo que se oponga a aquellas, de tal forma que, ante la demanda de apertura de una cuenta de ésta índole por parte de un español no-residente, la Caja Postal de Ahorros debe proceder, a nuestro entender, de cualquiera de éstas mane-- ras: solicitar previamente la consideración de la cuenta co-- rriente postal como cifrada en pesetas interiores, y decla-- rado éste carácter, aplicarle su especial régimen jurídico, en su totalidad (criterio que abona el contenido de la Disp.

final 3ª de la propia O.M. que regula el Servicio) (544) o, simplemente, denegar la solicitud de apertura de la cuenta presentada por el interesado.

B) IE que pueden realizarse con "pesetas ordinarias".

A tenor de lo dispuesto en la Circ. 4/74 de la DGTE, que amplía y pormenoriza el contenido de la LIE y el RIE, podrán realizar IE de las modalidades que se indican con pesetas ordinarias, los siguientes titulares de cuentas cifradas en tal forma:

1. personas físicas extranjeras residentes - en España (Instr. 1ª, apdo. 2.2.), en IED (Instr. 7ª, 2.c.) e IEC (Instr. 41ª, 3.c.);

2. sucursales en España de sociedades extranjeras (Instr. 1ª, apdo. 2.3.), solamente en IEC (Instr. 1ª, 2.3.; Instr. 41ª, 3.c.);

3. las sociedades españolas en las que, a su vez, exista participación extranjera (Instr. 1ª, apdo. 2.4) tanto en IED (Instr. 7ª, 2.c.) como en IEC (Instr. 41ª, 3.c.).

El hecho de contraponer la necesidad de obtener la autorización previa en la utilización de pesetas interiores (RIE, art. 2º, apdo. 2.1.) a la fórmula general - "podrán utilizar" que el RIE establece para el caso de IE con pesetas ordinarias, ha planteado la duda en algún au--

(544) Disp. final 3ª de la O.M. de 1º de marzo de 1.973: "Se autoriza igualmente a la Caja Postal para extender el Servicio al ámbito internacional de conformidad con el vigente acuerdo de la Unión Postal Universal relativo a las transferencias postales, suscrito por España en Tokio el 14 de noviembre de 1.969. A éstos efectos, el servicio quedará sometido a las disposiciones emanadas del Banco de España, IEME (Ley Banco de España y DGTE)".

residentes una autorización general para realizar IE en pesetas ordinarias. En opinión de SEBASTIAN DE ERICE (545) ésta última debe ser la interpretación correcta, deducida tanto de la terminología a que se ha hecho referencia, como de la contraposición puesta de manifiesto. Todo ello se traduciría en el aspecto práctico, en considerar que los extranjeros residentes solo tienen las limitaciones que establece la IE para las participaciones sociales y adquisiciones de inmuebles, pero no para las demás operaciones de inversión. A nuestro entender no parece adecuado contraer el término -- en la forma que pretende el autor citado; el apdo. 2.2. del RIE no hace sino repetir aquí la terminología con la que se expresa en otras diferentes ocasiones (vgr.: arts. 1º, 2 -- LIE y RIE; arts. 2º, 1, LIE y RIE; arts. 3º, LIE y RIE; etc. lo que no abona la especial conclusión alcanzada.

C) Formas de realizar la IE.

A la vista del apdo. 2.2. del art. 2º del RIE, en el que simplemente se alude a los "fondos en pesetas ordinarias", cabe concluir afirmando que la realización de la IE no ofrece la necesidad documental de acreditarla oficialmente, siendo suficiente, en algunos casos, la simple declaración de haber efectuado la aportación para que el fedatario que intervenga la operación pueda dar por justificado -- el hecho de la IE.

3. OTROS MEDIOS DE PAGO.

El RIE (art. 2º) establece una regla general, en virtud de la cual, las IE pueden realizarse, prescindiendo de los supuestos de aportaciones específicas de origen exterior ya analizadas, "con cualquier otro medio, previa autorización administrativa" (apdo. 1.d.).

(545) Comentarios en torno a la nueva legislación, cit.; - págs. 352 y 353.

Pretende el legislador, con dicha norma, - no cegar cauce que pudiera servir para la introducción en nuestro país de aportaciones, de cualquier naturaleza, que puedan ser útiles para el desarrollo de las actividades -- económicas nacionales.

Cuales puedan ser, en la actualidad, estos " otros medios" de pago de la IE, parecen estar concretados por la doctrina tan solo al supuesto de aportación de "bienes inmuebles" sitios en España (546). Entendemos que el -- sentido general de la norma transcrita, permite examinar -- algunas otras hipótesis, tales como la aportación de inmuebles sitios en el extranjero o la de equipo-capital, patentes y licencias de fabricación de carácter nacional pero -- propiedad de extranjeros residentes en España.

A) Aportación de bienes inmuebles sitios en España.

Con relación a éste supuesto, la doctrina analiza si será o no necesaria la autorización previa de -- la DGTE (art. 35, 1., RIE) para la aportación a una SA, y se muestra dividida:

a) Necesidad de autorización. Para LUCAS - (547) la regla del apdo. 1.d) del art. 2º del RIE, al no -- contener excepción alguna al principio que en ella se establece, exige la autorización en caso de aportación de bienes inmuebles; criterio que, a nuestro entender, puede reafirmarse si partimos de que, en las aportaciones de origen interno, se hace precisa la autorización en el caso de utilizar pesetas interiores (RIE, art. 2º, 2.1.) y se liberalizan, únicamente, las aportaciones en pesetas ordinarias --no en otros bienes--, cuando son realizadas, exclusivamen-

(546) LUCAS, Contratación en España, cit.; Vol. II, págs. 766-767.

(547) Contratación en España, cit.; Vol. II, pág. 767.

te, por personas físicas extranjeras residentes en el país (RIE, art. 2º, 2.2.);

b) Liberalización de la aportación. AGUILAR CANOSA (548) se pronuncia porque cualquier extranjero, sea o no residente en España, pueda realizar la aportación de cualquier bien inmueble de su propiedad a una Sociedad, sin necesidad de autorización previa alguna por parte de la DGTE, criterio que comparte CAMARA (549) basándolo en que, por -- principio, las normas legales tratan de no discriminar entre las aportaciones dinerarias y las "in natura" procedentes -- de un extranjero residente en España, salvo en el caso de -- aportación de equipo capital, patentes o licencias de fabri-- cación.

Creemos que las razones expuestas en uno y otro caso, avalan que acojamos las primeras como más acor-- des con la letra y el sentido general de los textos vigen-- tes en materia de IE (550).

(548) Las adquisiciones por extranjeros de bienes inmuebles en España; Barcelona, 1.978; pág. 69. Este mismo autor escribe que "lo único que cabe tener presente es que el extranjero no residente en España que hubiera adquirido la finca con cargo a una cuenta de pesetas convertibles y quisiera que las acciones que se le -- adjudicasen en la nueva Sociedad, tuvieran la consideración de acciones adquiridas con pesetas converti-- bles, debería recurrir a la Dirección General enume-- rada, al objeto de que dicho Organismo autorizara la aportación con el carácter antes indicado. De todas formas, es de suponer que esta Dirección General au-- torizaría tal carácter, en la contraprestación de las acciones hasta el valor que figuras en la escritura de adquisición inicial del inmueble en España, tenien-- do la diferencia de valor que se haya determinado en la Escritura de constitución de Sociedad --en el su-- puesto de una mayor valoración del inmueble-- el carác-- ter de haber sido adquiridas, con cargo a una cuenta de pesetas interiores".

(549) Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. -- 761.

(550) Un supuesto especial se plantea en el caso de que un español traslade su residencia al extranjero, habien-- do adquirido previamente un bien inmueble en España. A tenor del RIE, la aportación posterior al cambio -- de residencia, significaría una IE y, en consecuencia requeriría la autorización de la DGTE (a tenor del -- apdo. 1.d. del art. 2º). Pero de conformidad con la

muebles sitos fuera de España, propiedad de inversionistas extranjeros.

A nuestro entender, en éste supuesto -perfectamente imaginable- rige en toda su plenitud el principio del apdo. 1.d) del art. 2º del RIE, siendo preciso obtener la autorización previa de la DGTE para que pueda realizarse tal tipo de aportaciones.

Este criterio viene corroborado, incluso para el supuesto de que el aportante extranjero resida en España, por el párrafo segundo del apdo. 2, art. 4º de la LCC, al señalar que las personas físicas de nacionalidad extranjera tendrán la consideración de no residentes respecto al patrimonio constituido fuera de España durante su residencia en el extranjero.

C) Aportación de equipo capital de origen extranjero, propiedad de extranjeros residentes en España.

En ésta hipótesis, también concebible en la práctica, nos inclinamos por considerar que será precisa un doble orden de autorizaciones: las que establece el apdo. 1.2. del art. 2º del RIE y la que contiene el apdo. 1.d) del mismo precepto legal.

D) Aportación de equipo capital, patentes y licencias de fabricación de carácter nacional, propiedad de extranjeros residentes en el país.

Este supuesto -por su propio carácter-, no está comprendido en el campo de aplicación de los apdos. 1.2. y 1.3. del art. 2º del RIE pero, en cambio, estimamos que les afecta el contenido del apdo. 1.d) del mismo precepto, deduciendo tal conclusión, no solo de la interpretación de las palabras del texto legal, a que hemos he

...no una referencia con anterioridad, sino del principio --
de no equiparación formal, en materia de IE, entre los es
pañoles residentes en España y los extranjeros en la mis-
ma situación administrativa (como se deduce del art. 1º --
de la LIE y el RIE).

E) Aportación de empresa o establecimiento --
mercantil (art. 31, final, LSA), aunque siempre con la ne
cesidad de obtener autorización administrativa.

I.3.2. Medios de pago específicos.

No todas las diferentes clases de aportacio--
nes que hemos analizado, son aptas para la "realización"
de cualquiera de las modalidades de operaciones de IE. El
legislador, más o menos abiertamente, se cuida de concre-
tar cuales deben ser utilizadas en cada caso concreto, --
porque solo así se evita el fraude y se controla la invers
sión en su aspecto cualitativo.

Un sistema adecuado para obtener la claridad
deseada en la exposición de ésta materia, podría consis--
tir en determinar con que medios puede satisfacerse en ca
da caso la IE, materializada a través de valores mobilia-
rios, partiendo de las dos fases del ciclo "vital" de és-
tos -emisión y circulación- en las cuales puede hacerse --
presente el capital extranjero. Sobre ésta base analiza--
mos el tema.

A) Fase de la emisión de los títulos.

A.1. Constitución de una SA.

El inversionista extranjero puede realizar su
inversión, concurriendo como socio fundador (art. 10º, --
LSA) o como suscriptor de acciones cuando se adopte, para
la creación de la SA, el procedimiento de suscripción pú-
blica, establecido en los arts. 16 y ss. de la LSA.

S.A.

En éste supuesto hay que distinguir: ,

1. Extranjeros y españoles no residentes en España. Podrán realizar el pago de su inversión:

1.1. Mediante aportación dineraria exterior: en todos los supuestos.

1.2. Mediante aportación dineraria interior: solamente "pagando" la suscripción de las acciones con pesetas interiores, previa autorización expresa de la DGTE.

1.3. Mediante aportaciones no dinerarias, en las condiciones particulares, ya expuestas, para cada supuesto:

- equipo capital;
- patentes;
- licencias de fabricación; e
- inmuebles:
 - sitios en España;
 - sitios fuera de España.

2. Extranjeros residentes en España. Pueden realizar el pago de su inversión:

2.1. Mediante aportación dineraria exterior, siempre que, con autorización expresa de la DGTE, se admita la hipótesis de que puedan ser titulares en nuestro país de cuentas en divisas.

2.2. Mediante aportación dineraria interior: utilizando pesetas ordinarias, en todo caso.

2.3. Mediante aportaciones "in natura": de cualquier especie y condición, e inmuebles sitios fuera de España con autorización de la DGTE.

b) Inversionistas extranjeros suscriptores de acciones, en los supuestos de fundación sucesiva de la SA.

Se aplica, prácticamente, el mismo régimen especificado para los supuestos del apartado a).

c) El supuesto especial de los "partes de fundador".

Los inversionistas extranjeros, fundadores y - promotores de una SA, pueden, a tenor del art. 12 de la LSA, reservarse remuneraciones o ventajas, pero entendemos que - en tales casos debe distinguirse:

1. Si se trata de extranjeros y españoles no - residentes en España, la "reserva" debe proceder exclusivamente de la aportación de "asistencia técnica", en cualquiera de las formas admitidas por el D. de 21 septiembre 1.973, nº 2343. Nunca, creemos, puede responder al simple hecho de la promoción o fundación de la entidad o a otro tipo de actividad no incluido como asistencia técnica, porque solo -- así se evita el fraude que, por ésta vía, sería fácil de cometer.

2. En el caso de extranjeros residentes en España, no existiría tal limitación.

A.2. Ampliaciones de capital de la Sociedad.

En éste supuesto, tanto por lo que se refiere a la adquisición de los derechos de suscripción preferente, como de las nuevas acciones emitidas, se deben distinguir - dos hipótesis:

a.1. Adquisición de los derechos de suscripción preferente.

En todos los supuestos de compra de derechos de suscripción, se requiere un pago en dinero, porque la propia técnica de la negociación bursátil lo demanda. Ahora bien, los inversionistas extranjeros no residentes, podrán satisfacer el precio mediante aportación dineraria exterior, en todos los casos, y también con "pesetas interiores", sin necesidad de autorización alguna, toda vez que - así lo admite, por un lado, la equiparación que, entre acciones y derechos de suscripción, establece el art. 3º, 1.2. del RIE, y, por otro, la Circ. 4/1.974 de la DGTE (Instrs. 7ª, 2.b, y 41ª, 3.b) y la Res. DGTE de 23 de enero de 1.975 (apdo. I,1). Los inversionistas residentes en España pueden adquirir los derechos satisfaciendo su precio en pesetas ordinarias.

a.2. Suscripción de las nuevas acciones emitidas.

Aún cuando al tratar de las sociedades cuyos - títulos son objeto de negociación en Bolsa, se piensa siempre en las grandes empresas de ingentes patrimonios, no cabe desconocer que también son objeto de admisión a cotización oficial acciones de sociedades de mediana entidad (551). Y señalamos lo anterior para expresar la idea de que, así como en las primeras parece poco imaginable que se admitan,

nueva LCC se les sigue considerando como residentes, respecto a éste patrimonio (art. 4º, 1, párrafo se-gundo) y un español residente, por principio, no puede ser considerado como inversionista extranjero. Parece que la conclusión más adecuada es considerar -- que no debe tener vigencia el apdo. 1. d) del art. - 2º del RIE.

(551) Sobre el tamaño de las sociedades cotizadas en las - Bolsas españolas, remitimos al lector a nuestra obra Derecho y política bursátil, cit.; págs.

las dinerarias -salvo los supuestos de aplicaciones condicionadas a servir operaciones de canje, en la absorción de otras sociedades-, ello no puede predicarse de otras - que, igualmente, tienen sus títulos admitidos a cotización. Aunque la idea sea más teórica que real, la posibilidad - no puede desconocerse. Por ello cabe dar por expresado en éste lugar lo que se indicó anteriormente, si bien debe - hacerse alguna precisión en la referencia al pago con "pe_{se}tas interiores".

En efecto, por una parte, la Res. de 23 de enero de 1.975 se refiere a la adquisición de acciones admitidas a cotización oficial en Bolsa; pero, por otro lado, en Bolsa solo se admiten a cotización las acciones ya suscritas y puestas en circulación (art. 27, apdo. 1, Rgto. de Bolsas de 1.967) (552), lo cual nos conduce a la conclusión de considerar que el pago con pesetas interiores tan solo puede realizarse en la adquisición de títulos previamente admitidos a cotización, siendo imposible satisfacer el precio de suscripción de nuevas acciones con ésta modalidad de capital dinerario exterior. Parece lógico, por -- otra parte, que así sea, como medio de evitar el fraude a las normas de control de cambios.

Otro supuesto, que encaja en éste lugar, es el que ya se analizó de la conversión de los créditos que surgían a favor de los aportantes de "asistencia técnica", en títulos acciones de la Sociedad. Nos remitimos a lo que se expuso en tal ocasión.

b) Valores no admitidos a cotización bursá--
til.

(552) Rgto. Bolsas; art. 27: se acompañará a la solicitud de admisión a cotización: "justificante acreditativo de haberse realizado la puesta en circulación de los títulos cuya admisión a cotización oficial se solicita, y de que los propietarios están provistos del -- justificante de su derecho" (apdo. 1).

preferente como en la suscripción de nuevas acciones, el residente en el extranjero (español o no) podrá utilizar, con las especialidades ya consignadas, capitales dinerarios exteriores y aportaciones en especie, no pudiendo aportar -salvo autorización expresa de la DGTE- pesetas interiores. Un caso especial se presenta para las especiales inversiones - en el sector de la Banca, a las que se refiere el D. de 23 de junio de 1.978, caso en el que se impone la obligatoriedad de que todos los desembolsos se efectuen exclusivamente mediante aportación dineraria exterior (art. 3º, c., final).

Los inversionistas extranjeros, residentes en España, pueden aportar solamente pesetas ordinarias y otros activos no dinerarios. Sobre la posibilidad de satisfacer - el precio con divisas y cualquiera otra clase de activos si tos en el extranjero, nos remitimos a cuanto ya se ha indicado con anterioridad.

c) Ampliaciones en supuestos especiales:

c.1. Suscripción de acciones por conversión - de obligaciones.

Desde el punto de vista del carácter de la - aportación no plantean cuestión alguna. Si las obligaciones se adquirieron con medios dinerarios exteriores o pesetas interiores -caso de inversionistas no residentes-, o con pesetas ordinarias -residentes-, ésta misma característica corresponderá a las acciones recibidas como consecuencia de - la conversión de las primeras.

c.2. Suscripción de acciones por emisión con cargo a reservas sociales, ordinarias, por plusvalías obtenidas en la enajenación de activos empresariales, por regularización de balances, etc.

acciones, emitidas como consecuencia del traspaso de saldos de cuentas de reserva a la de capital, a favor de los inversionistas extranjeros de la sociedad, no requiere -- por parte de éstos la entrega de aportación efectiva de -- clase alguna, pero podría plantear la duda acerca del carácter con que se entenderán suscritas y de los derechos de transferibilidad que, en consecuencia, se deducen de -- tal adquisición.

Con el precedente que supone el D. de 23 de noviembre de 1.967, nº 2820 -dictado para regular éste as pecto en los casos de incorporación del saldo de la cuenta de regularización al capital social- (553), cabe establecer el criterio general en virtud del cual "los títulos creados a consecuencia de ésta incorporación tendrán la -- misma regulación y derechos que los inherentes a la primi tiva inversión de la que derivan".

A.3. Suscripción de otros títulos distintos a las acciones.

Se incluyen en éste apartado:

a) Los Fondos públicos y valores asimilados (vgr.: Bonos del Tesoro): han de adquirirse, siempre, mediante aportaciones dinerarias -exteriores o interiores, según los casos-, por lo que no suscitan cuestiones parti culares;

b) las Certificaciones de los Fondos de Inver sión Mobiliaria, a las que se aplican iguales criterios -- que en el caso anterior;

(553) Es curioso observar como en ésta disposición, emanada del Ministerio de Hacienda, se acomete la regulación de esta materia, propia del Ministerio de Comercio, que -como señala el Preámbulo del Derecho- tiene su razón de ser en el hecho de que numerosas sociedades españolas con participación extranjera formularan -- consulta sobre éste punto al citado Ministerio (B.O.E.

raleza jurídica -títulos de préstamo- no admiten más medio de pago que la aportación dineraria; y

d) Los Bonos de Caja, cuya naturaleza es si milar a las obligaciones.

B) Fase de circulación de los títulos.

B.1. Adquisición de acciones.

a) Cotizadas en Bolsa.

Pueden ser adquiridas mediante su pago en capitales dinerarios exteriores o en pesetas interiores -inversionista no residente- osatisfaciendo el precio con pesetas ordinarias -inversionistas residentes en España-.

b) No cotizadas en Bolsa.

En principio cabe aplicar las mismas normas del apartado anterior.

Podría plantearse la duda de si el inversionista extranjero puede satisfacer el precio de las acciones que adquiere, pagando al vendedor con "otros medios" -diferentes a los dinerarios, por ejemplo, entregándole determinados elementos patrimoniales, sitios o no en territorio español (vgr.: maquinaria, inmuebles, etc.). Estimamos que, aparte de tratarse en tales casos de una auténtica --permuta, no cabe desconocer la posibilidad apuntada, siempre y cuando -según se expuso- exista autorización administrativa para realizar la operación en la forma indicada, -tanto si se trata de no residentes como de extranjeros residentes en nuestro país.

B.2. Adquisición de obligaciones.

No cabe distinguir entre las obligaciones

la adquisición debe realizarse mediante pago del precio en dinero, atendiendo al carácter de residente o no en el país del comprador, para identificar la modalidad dineraria en que puede saldarse legalmente la compra.

B.3. Adquisición de otros títulos.

Los Fondos públicos, Certificados de los Fondos de Inversión Mobiliaria, los Bonos de Caja, partes de fundador, acciones de disfrute, etc., requieren su realización "natural" mediante el pago en dinero, pero nada obsta en las categorías no cotizadas en Bolsa, o que cotizadas sean objeto de enajenación fuera de aquella, para que se contemple la posibilidad de la permuta, ya referida en el apartado B.1.b) anterior.

II. VALORES MOBILIARIOS. Breve referencia a su régimen legal en el Derecho internacional privado.

Como ya hemos analizado en la Introducción el concepto y las categorías de la noción jurídica de "valor mobiliario", creemos que, en este apartado, correspondería, lógicamente, exponer algunas ideas sobre el régimen legal a que se someten, desde el punto de vista del derecho material o sustantivo, los posibles conflictos de ley que pueden originarse de la tenencia y posesión de los valores por parte de inversionistas extranjeros. Constituye un tema típico del Derecho internacional privado, por lo que, al ser un tanto tangencial a nuestro específico campo de investigación, tan solo se hará una breve referencia a su contenido.

Los autores que se han ocupado de la cuestión (554), distinguen, con ligeros matices, tres aspectos o es

(554) Nos remitimos a SCHAPIRA J., Valeurs mobilières, en Juris-Classeur Droit International, Paris, Fasc. -- 566 A; LOUSSOUARN y BREDIN, Droit du commerce in--

lugar la emisión de los títulos; conflictos relativos a - la ley de transmisión de los valores, y conflictos referi- dos al ámbito y naturaleza de los derechos que confiere - la titularidad.

El tema tiene su importancia, al referirse a IE, en algún punto concreto, al que tendremos ocasión - de hacer referencia en la Sección siguiente de éste mismo Capítulo.

II.1. La emisión de los títulos y los con- flictos de leyes.

Comienza la doctrina por subrayar la extra- ordinaria complejidad del contrato de emisión (555), lo - que acarrea serias dificultades en el campo del Derecho - internacional privado, en el cual, un exámen sistemático y coherente del tema, plantea las siguientes cuestiones:

ternational, cit.; págs. 371 y ss.; BATIFFOL, Droit International Prive, cit.; tomo II, págs. 177 y ss.; LAGARDE M., L'emission des titres par les sociétés - étrangères en France, Poitiers, 1.926; LORBER, Les - valeurs mobilières envisagées du point de vue des con- flits de lois, Nancy, 1.912; MOREAU-NERET, Valeurs - étrangères, cit.; págs. 205 y ss.; MIAJA, Derecho in- ternacional privado, II Parte especial, cit.; 5ª ed., págs. 353-355; GOLDMAN, Les conflits de lois en ma- tière d'instruments négociables, en trabajos de la - International Bar Association, 1.952, págs. 304 y ss.

- (555) Señala SCHAPIRA (Valeurs mobilières, cit.; pág. 9), - que bajo el prisma del conflicto de leyes, cuando se habla de emisión, conviene distinguir, por una parte, desde el punto de vista físico, la creación del título y su entrega al primer portador y, por otro lado, desde el punto de vista jurídico, el contrato o com- promiso individual de suscripción y el acto final que constituye el conjunto de las suscripciones definitivas (resolución de la asamblea constitutiva, cierre - del empréstito, etc.). En rigor, la emisión no es per- fecta hasta que el acto jurídico final permite la en- trega de los títulos. De hecho, este desglose no pre- senta interés. La creación del título, si se aísla, - tiene las características de una operación de funcio- namiento interior de la entidad emisora que no produ- ce ningún conflicto de leyes. Este sólo puede darse a partir de la entrega.

A) Aptitud o capacidad para emitir valores mobiliarios.

Se estima como ley competente para regir dicha capacidad la "ley nacional" de la sociedad o persona moral que emite los títulos, traducida generalmente bien como -- "lex societatis" o bien como "ley orgánica" de la persona jurídica.

De aquí se derivan tres consecuencias importantes:

a) la determinación de la "ley orgánica" varía según la naturaleza jurídica de la persona moral de que se trate: sí de sociedades, será la "lex societatis"; sí son personas de Derecho público, las normas constitucionales o administrativas; si se trata de personas morales internacionales, los estatutos establecidos por la "norma constitutiva", etc. (556);

b) los títulos emitidos de acuerdo con la "ley orgánica" del ente emisor, serán reconocidos en cualquier lugar -aunque en éstos su ley interna no los contemple-, -siempre que no quepa oponerles la excepción de orden público; por otra parte, inversamente, no será reconocido en el extranjero, el título emitido con infracción de la "ley orgánica" de la entidad emisora; y

c) la "ley orgánica" determina los órganos competentes para realizar la emisión de los títulos.

En nuestro Derecho positivo, el apdo. 11 del art. 9º del C.c., se adhiere a éste mismo criterio al señalar - que "la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en to-

do es relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción" - (párrafo primero) (557).

B) Procedimiento de emisión de los valores mobiliarios.

En principio, parece correcto admitir que - sea la "ley orgánica" la competente para regular la forma, el procedimiento de la emisión de los valores; pero si tenemos en cuenta que, en ocasiones, la emisión se produce fuera de las fronteras del país que determina la nacionalidad del emisor, la cuestión requiere tomar en consideración otros elementos legales diferentes. De ahí que se -- distingan dos hipótesis de análisis:

a) La emisión de los títulos en el interior del país cuya nacionalidad ostenta la entidad emisora: será competente la "ley orgánica".

Esta norma regirá, en consecuencia, las "variedades" y la "forma" de los títulos, su "valor nominal", y los pagos o "desembolsos", exigidos para su liberación, aunque en éste último caso, ante el incumplimiento de las obligaciones de pago por parte del suscriptor extranjero surgen problemas de determinación de la ley aplicable para exigir el desembolso (558), así como para los supues--

(557) Un análisis de éste precepto puede encontrarse en el Anuario de la Escuela Judicial, Madrid, 1.974: ABADIA, VALLE y BARRACHINA, Los derechos de las personas jurídicas; págs. 117 y ss.

(558) A nuestro entender, será competente la normativa conflictual aplicable a las obligaciones contractuales. En el Derecho español, el art. 10º, 5 del C.c., a cuyo tenor "se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato" (párrafo primero).

tos de conflictos en materia de aportaciones in natura
(559) o de "fondos de comercio" (560).

b) La emisión de los títulos fuera de las fronteras del país cuya nacionalidad ostenta le entidad emisora. Con la generalidad de la doctrina, hemos de convenir, en que hacen acto de presencia, por un lado, las "leyes - territoriales" del lugar donde se pretenda colocar la emisión; por otro, las leyes que las partes -en el contrato de suscripción (típica convención de adhesión)- hayan podido declarar aplicables al caso:

= las leyes territoriales extranjeras (lex - fori) son, naturalmente, de observancia cuando la emisión se realice en el país en que aquellas rijan. Por ejemplo, en Francia, se exige una autorización administrativa previa para la emisión de títulos extranjeros (561), así como el cumplimiento de normas fiscales, de control de cambios, etc. La ley territorial se observará, igualmente, en cuantos aspectos se refieren a la "publicidad" de la emisión, a la admisión de los títulos a "cotización oficial" en Bolsa y a las "negociaciones" formalizadas en és

(559) Los conflictos surgen entre la "lex societatus" y la "lex rei sitae" aplicable a los bienes patrimoniales que se aportan como contravalor de las acciones suscritas. Partiendo de las ideas de BATIFFOL, los también franceses LOUSSOUARN y BREDIN señalan la necesidad de distinguir dos cuestiones en estos casos: una, principal, respecto a si la aportación implica, o no, una transmisión de propiedad -criterio que debe calificar la "ley orgánica"- y otra, secundaria, en caso de contestación afirmativa a la primera, sobre el régimen de transferencia de los bienes -que correspondería establecer a la "lex rei sitae"-. La "ley orgánica" regirá en las cuestiones sobre valoración de estas aportaciones. (Droit du commerce, cit.; págs. 387 y ss.

(560) En éste supuesto, parece que la opinión mayoritaria se inclina por la aplicación de la "lex rei sitae" - en toda la materia (LOUSSOUARN y BREDIN, Droit du commerce, cit.; págs. 390-391).

(561) MOREAU-NERET, Valeurs etrangeres, cit.; págs. 207 y ss. El art. 250 del Código Bustamante consagra, igualmente, éste principio.

= las leyes declaradas competentes por el -
 acuerdo de las partes, tan solo cabe considerarlas vigen-
 tes en tanto que las prescripciones imperativas de la "ley
 orgánica" (563) y las "leyes territoriales" no se opongan
 a ellas. En otro caso, se deben desconocer, produciéndose
 con ello una evidente laguna legal que, ante éste hecho,
 debe cubrirse acudiendo a la aplicación de una norma su-
 pletoria, que podría ser la "ley orgánica", ya que -como
 indican LOUSSOUARN y BREDIN, al tratar de la emisión de -
 obligaciones (564)- así cabe deducirlo "en razón del par-
 ticularismo del contrato de suscripción. Este, en efecto, es
 un contrato de adhesión. La preparación de la oferta se -
 efectúa unilateralmente por la sociedad (recordemos que se
 están refiriendo los autores a la emisión de obligaciones
 por parte de una sociedad, lo que es perfectamente genera-
 lizable), y se impone a los obligacionistas, los cuales -
 solo tienen la alternativa de aceptarla o rehusarla. La -
 policitación es el elemento determinante del contrato, y
 parece lógico admitir, al menos a título supletorio, la -
 competencia de la ley del domicilio del oferente, que es,
 en éste caso, la ley de la sociedad. Ello permite asegu-
 rar la unidad legislativa entre los diferentes suscripto-
 res de obligaciones emitidas sobre mercados diferentes. -
 La "lex societatis" parece tener una vocación general -con-
 cluyen éstos autores- imperativa en materia de suscripción
 de acciones y supletoria en materia de suscripción de obli-
 gaciones; aunque no conviene exagerar el contenido de és-
 te principio", ya que si la emisión tiene lugar en el ex-
 tranjero, los conflictos pueden surgir, según vimos, entre

(562) El "carácter territorial" de las normas bursátiles -
 nos parece fuera de toda duda. Se trata de disposi-
 ciones de policía que por afectar al crédito público,
 de acuerdo con el apdo. 1 del art. 8º del C.c., obli-
 gan en todo el territorio español.

(563) LAGARDE, L'émission des titres, cit.; pág. 99.

(564) Droit du commerce international, cit.; pág. 373.

No se puede olvidar que, de ordinario, en los empréstitos internacionales, aparece la figura de un intermediario (Banco o grupo de bancos, generalmente) que disloca la clásica estructura bipartita que ofrece la emisión de los valores mobiliarios, y que, naturalmente, hace que surjan nuevos matices en la materia, que complican extraordinariamente la labor del jurista cuando observa la multiplicidad de variedades que puede revestir la actuación del tal intermediario (565). En estos supuestos, hay que distinguir entre la ley aplicable a las relaciones entre la entidad emisora y el intermediario, y las que se formalizan entre éste y los suscriptores de los títulos. Resumiendo la doctrina general ius internacionalista privada, cabe señalar:

- que en las relaciones entre emisor e intermediario hay que partir de las condiciones sustanciales en que aquellas se producen: 1) cuando el intermediario se limita a "prestar sus ventanillas" mediante la obtención de una remuneración consistente en una comisión, parece que se debe admitir, como regla general, el imperio de la "ley de la autonomía de la voluntad" y, a falta de ésta, la "lex loci executionis"; 2) en el caso de que el intermediario "tome en firme la emisión" -es decir, -- que suscriba por su cuenta los títulos- es lógico que se admita, en razón a cuanto se ha expuesto anteriormente, - que sea le "ley orgánica" la que reclame la competencia; 3) para el supuesto de que el intermediario tan solo se limite a "garantizar la emisión" -sin suscribir directamente los títulos, salvo que, deba suscribir los no aceptados por el público- el contrato ha sido calificado como "mandato, o en su caso, comisión, en el que se inserta --

(565) Nos remitimos a JACQUEMONT, Les emprunts euro-obligataires, cit. El tema se complica si, además, aparece en la operación la conocida figura anglosajona del "trustee" o fiduciario, de amplia utilización en materia de IE (vid. LAGARDE, L'emission des titres, -- cit.; pág. 228).

una promesa condicional de suscripción (566), que se regiría, por la "ley de la autonomía de la voluntad" y en su defecto, admitiendo una dualidad de competencias legislativas, por la "ley orgánica" y las normas de conflicto aplicables a los "contratos" (ésta, para el caso de la promesa condicional de suscripción);

- mientras que en las relaciones que ligan al intermediario y los suscriptores de los títulos, se entienden regidas por la "ley orgánica", toda vez que el -- primero actúa a título de mandatario y las facultades que ejerce lo son en nombre y por cuenta de la entidad emisora (567).

c) En el Derecho positivo español, el art. 10º del C.c. establece que "la emisión de los títulos-valores se atenderá a la ley del lugar en que se produzca" - (apdo. 3), norma de aplicación -calificada de "insólita" (568)- a toda clase de valores mobiliarios, que responde -a tenor de la Exposición de Motivos del D. de 31 de mayo de 1.974, nº 1.836- a "su peculiar naturaleza y función". Esta regla que -como señala SIMO (569)- acoge la solución a que, con anterioridad a la reforma del Título preliminar del C.c., se llegaba por aplicación del derogado art. 11 - del mismo cuerpo legal y del vigente art. 52 del C. de c.,

(566) LOUSSOUARN y BREDIN, Droit du commerce, cit.; pág. - 382.

(567) LOUSSOUARN y BREDIN, Droit du commerce, cit.; pág. - 383.

(568) Para MIAJA (Derecho internacional privado, I; 7ª ed.; pág. 527), mientras otros sistemas conflictuales se limitan solamente a las instituciones civiles, en el español se incluyen dos reglas de conflicto en materia mercantil (art. 9º, apdo. 11, párrafo segundo, y art. 10,3); derecho al que no es fácil encontrar explicación, ya que, al no limitarse el C.c. a la materia civil, no se entiende por qué, de toda la rica problemática del Derecho comercial internacional, se hayan elegido precisamente éstos dos aspectos (fusión de sociedades y emisión de títulos-valores).

(569) Normas sobre bienes, en Estudios de la Academia Matritense del Notariado, cit.; pág. 154.

ción o emisión del título.

II. 2. La circulación de los valores.

El régimen legal de la circulación o transmisión de los valores mobiliarios plantea importantes cuestiones, cuya transcendencia práctica en materia de IE no puede desconocerse. Para su más clara exposición distinguimos los siguientes apartados.

A) Ley aplicable a la "negociación" del título.

Si la "negociabilidad" de un título -es decir, su aptitud para ser objeto de transmisión- debe ser regida por la "ley orgánica" de la entidad emisora (570), solución que se presenta como cuestión relativamente pacífica, la determinación de la norma concreta que deba entenderse competente para gobernar el "régimen de la negociación" ya no lo es tanto.

La Ley Uniforme aplicable a las ventas de carácter internacional sobre objetos mobiliarios corporales, adoptada por la Conferencia de la Haya -25 de abril de 1.964-, firmada el 1º de julio de 1.964, excluye de su ámbito de aplicación la "venta de valores mobiliarios" (art. 5º, apdo. a), sin duda, por tener en cuenta la complejidad que presenta el tema, según tendremos ocasión de exponer.

La propia naturaleza del valor mobiliario, como bien mueble y como título valor, ya concita el primer conflicto de leyes, respecto al régimen legal de su circulación, entre la "lex rei sitae" y la "ley orgánica" (en el caso de sociedades mercantiles, la "lex societatis"), -

(570) SCHAPIRA, Valeurs mobilières, cit.; pág. 15.

respectivamente.

Este conflicto inicial puede complicarse si en el país extranjero donde circulan los títulos, existen leyes de policía y seguridad, que imponen determinadas condiciones, cuyo cumplimiento no puede ser soslayado aduciendo razones contrarias al sentido y filosofía que inspiran éstas normas restrictivas (571).

La solución se ha buscado atendiendo a las dos modalidades que pueden adoptar los valores mobiliarios, por la manera de estar designado el titular, condición que influye decisivamente en los requisitos exigidos para la regularidad de la transmisión, es decir, los títulos "nominativos" y los valores "al portador".

En ambos casos la solución viene impuesta por la consideración de los dos momentos que cabe identificar en la negociación de los valores: el primero, constituido por el negocio obligacional -en virtud del cual surge la obligación de "entregar" el título y la de pagar el precio-, y el segundo, por la "entrega" efectiva o tradición de los valores. Recordando algunas ideas examinadas sobre la eficacia de la normativa cambiaria, podríamos decir que, el primero, se asemeja a la formalización del negocio jurídico, y el segundo, a la fase de la ejecución del contrato. Solo bajo ésta óptica puede alcanzarse una solución satisfactoria en los supuestos que se contemplan a continuación.

a) Valores nominativos.

La característica generalizada de la transmisión de los valores nominativos, radica en la imperativa

(571) Tal fué el caso francés, cuando en 1.941, la ley de febrero, paralizó la circulación de las acciones extranjeras al portador. Nos remitimos a MOREAU-NERET O., Les valeurs françaises depuis 1.940; Paris, s/f; págs. 383 y ss.

necesidad de notificar la operación a la entidad emisora y del registro de la transferencia en los libros de ésta. So lo así el negocio es perfecto y la transmisión está consumada.

Si se tiene en cuenta el papel "fundamental" que, en el procedimiento de transferencia adquiere la intervención registral y que, este trámite, debe acomodarse a la "ley orgánica" de la entidad emisora, cabe concluir admitiendo que ésta norma será la competente para regular la transmisión de ésta clase de valores.

Ahora bien, la inscripción registral produce el efecto de "legitimar" al comprador como nuevo titular de los valores negociados, pero en el sentir de la doctrina española (572) fuera de éste efecto, la inscripción no tiene fuerza constitutiva y en nada puede entenderse esencial al negocio traslativo de la propiedad, que será una compraventa, una cesión, una permuta, etc.

En éste supuesto, la negociación realizada en un país extranjero se adaptaría, en sus formalidades, a la "lex loci actus", la "lex substantiae", la "lex auctor regit actus", etc., que pudieren ser competentes de acuerdo con las normas de conflicto establecidas en el Derecho interno del país cuya nacionalidad ostenta la entidad emisora.

Solo en esta inteligencia creemos que pueden resolverse los conflictos de leyes en materia de valores nominativos:

- el negocio jurídico obligacional, cuando se formalice en un país extranjero, estará regido por la ley que las normas conflictuales del foro determinen aplicables. En éste sentido, por ejemplo, para el supuesto de

(572) URÍA, Comentarios a la LSA, cit.; tomo I, pág. 402.

mia de la voluntad, puede jugar un papel de primera magnitud, soslayando las dificultades que pueden presentarse de la existencia de múltiples legislaciones que confluirían sobre una misma emisión de valores; y

- el negocio traslativo, la tradición (sustituida por el registro de la entidad emisora), estaría subordinado a la "ley orgánica" o de creación del título negociado.

b) Valores al portador.

Los valores al portador se transmiten, en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, mediante la simple entrega o tradición de los títulos, sin necesidad del cumplimiento de otros requisitos formales (573).

En éste sentido, la asimilación del título a una cosa mueble, no puede ser más evidente. El título-valor es, no solo representativo del crédito del titular contra la entidad emisora, sino el "signo" legitimatorio de esa misma titularidad.

Consecuentes con tal concepción, la mayoría de la doctrina se inclina por considerar como competente para regir las transmisiones de ésta variedad de valor mobiliario, a la "lex rei sitae", es decir, a la ley del lugar donde se encuentre el título en el momento de su transferencia (574).

(573) Esta circunstancia y el enorme riesgo que implica, ha hecho que se vaya limitando la forma al portador en beneficio de la nominativa, que implica un mayor control en todos los aspectos (administrativo, mercantil, fiscal, etc.). Vid. URÍA, Comentarios a la LSA, cit.; tomo I, págs. 399-400.

(574) Con objeto de evitar el fraude a la ley, el Código Bustamante se refiere a la situación "ordinaria o normal" (art. 106).

En nuestro Derecho, los valores nominativos, se transmiten de manera similar a como se ha señalado con carácter general con anterioridad (575) y los títulos al

- (575) Escribe URÍA (Comentarios a la LSA, cit.; tomo I, --pág. 402) que "la ley de circulación de las acciones nominativas es muy diferente, más compleja, y tiene grandes afinidades con la transferencia de créditos mercantiles ordinarios regulada en los artículos 347 y 348 del Código de comercio. Del mismo modo que en la cesión de créditos, de no existir en los estatutos sociales una especial cláusula en sentido contrario, no será necesario para la transmisión de la acción nominativa el consentimiento de la sociedad emisora, si bien el transmitente ha de poner en su conocimiento la transmisión para que pueda hacer la correspondiente inscripción de la transferencia y --cambio de dueño de los títulos en el libro especial de acciones nominativas previsto en el artículo 35 de la ley. La notificación de la transferencia habrá de hacerse por escrito, según resulta del art. 46. Pero la inscripción de la transferencia en ese libro no tiene fuerza constitutiva; sólo sirve para legitimar como socio al adquirente de las acciones. No es otro el sentido que hubo de atribuirse ya al art. 162 del Código de comercio y debe atribuirse hoy al art. 35 de la ley. De ambos preceptos se desprende claramente que la transmisión es un acto extraño a la sociedad, en el que ésta no interviene para nada, limitándose una vez realizada a tomar la correspondiente nota en el libro especial de acciones. De donde resulta que el valor de la anotación será puramente legitimatorio: sólo estará legitimado el que aparezca inscrito en ese libro. La inscripción o anotación sirve --así de complemento a la transferencia (v. GARRIGES, Tratado, cit.; II, págs. 753 y ss., y las sentencias del T.S. de 24 de mayo de 1.894, 28 de noviembre de 1.907, 1 de marzo de 1.930 y 22 de noviembre de 1.935 sobre los efectos legitimadores de la inscripción en el libro de acciones, cuya doctrina sigue vigente, --dada la similitud del art. 162 del C. de c. con el art. 35 de la vigente ley). Notificada por escrito --la transferencia de las acciones nominativas a la entidad emisora, ésta debe proceder sin dilación a realizar la correspondiente anotación en el libro especial de acciones, y caso de no hacerlo podrá escudarse en su ilícita actitud para negar la legitimación del nuevo adquirente en el ejercicio de los derechos de socio. La inscripción en el libro de acciones será necesaria para la legitimación del adquirente frente a tercero, pero no frente a la sociedad que haya recibido oportunamente la notificación de la transferencia".

portador mediante la simple tradición o entrega del documento (art. 545, 2º, C. de c.) (576).

Pero el D. de 19 de septiembre de 1.936, ratificado por la ley de 23-febrero-1.940, y cuya vigencia reiteró el D. de vigencias, de 14-diciembre-1.951, establece en su art. 1º que "queda prohibida la transmisión y negociación de valores públicos, industriales o mercantiles sin intervención de Agente de Cambio y Bolsa, Corredores de Comercio e intérpretes de buques o Notario, y serán nulas las realizadas a partir de 19 de julio último sin intervención de dichos fedatarios" (577).

La tajante prohibición de la disposición -- transcrita, y la fulminante sanción de nulidad que proclama para el caso de su transgresión, representan una traslocación de tal naturaleza en el régimen de negociación de los valores españoles, que no falta quien haya sostenido que, desde 1.936, ya no hay títulos al portador en nuestro país (578). En realidad la intervención de fedatario

(576) Para entender en su recto sentido el art. 545, 2º del C. de c. es preciso tener en cuenta que la fórmula legal "no quiere decir que la entrega de los títulos, cualquiera que fuese la razón a que obedeciera, tuviera virtualidad traslativa. El art. 545 del C. de c. no podía derogar lo establecido por el art. 609 del C.c. Por consiguiente, era necesario que la entrega fuese el complemento de un contrato causal traslativo. Así lo había declarado el T.S. en sentencias de 29 octubre 1.912 y 7 marzo 1.925. Lo que sucedía es que el contrato causal no tenía que revestir forma determinada y podía perfeccionarse incluso verbalmente" (CAMARA, Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, págs. 457-458).

(577) El D. 19 septiembre 1.936 se dicta como disposición propia de un derecho de guerra, ya que respondía a la necesidad de impedir que se transmitieran los títulos expoliados durante la guerra civil, cuando los adquirentes no pudieran ampararse en su condición de poseedores de buena fe. La ley de 1.940 --que ratifica el D. de 1.936--, probablemente por motivos de orden fiscal, convirtió en derecho estable lo que, inicialmente, fué una medida interina motivada por la guerra (GARRIGUES, Tratado de Derecho mercantil, cit.; tomo II: Títulos valores, pág. 736-737).

(578) RUBIO, Curso de derecho de SA, cit.; pág. 144.

ficultar la transmisión de los títulos al portador pero, en ningún caso, a borrar las diferencias con los valores nominativos, en los cuales, a su tradicional formalidad de registro se superpone la normativa sobre la citada intervención pública del negocio.

El alcance de la aplicación del D. de 1.936 ha dado lugar a controversias doctrinales y criterios jurisprudenciales contradictorios, y ha tenido un acentuado reflejo en materia de IE, al tratar, concretamente, de las operaciones sobre valores españoles formalizadas en el extranjero. Por ello, el tema, requiere cierta reflexión, - distinguiendo unos matices concretos que ayuden a clarificarlo.

a) El carácter de la intervención del fedatario público. Sus efectos.

El profesor URÍA (580) señala como, a la -- vista de las normas especiales citadas, "interesa mucho - esclarecer su juego en punto a la validez de las enajenaciones no formalizadas en póliza intervenida por Agente o en escritura notarial. El Decreto de 1.936 habla de nulidad de las transmisiones y negociaciones hechas sin intervención de esos fedatarios", lo que nos lleva a plantear el tema acerca del valor y la eficacia de la citada intervención, en los términos siguientes: ¿debe considerarse - la intervención como un elemento esencial de la negocia--ción de los valores o, por el contrario, debe valorarse - tan solo como una mera formalidad que no afecta a la substancía o al fondo del contrato?

Diversos preceptos del C.c. pueden servir - de base para sostener opuestas contestaciones a la pregunta

(579) Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. 460.

(580) Comentarios a la LSA, cit.; tomo I, pág. 403.

trarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca - un efecto distinto para el caso de contravención". Si tenemos en cuenta el carácter de la norma que encierra el D. - de 1.936, la respuesta que se impone es la de considerar - que la intervención constituye un elemento esencial del negocio. Pero los arts. 1254, 1258, 1261 y 1278, que formu--lan el principio "espiritualista" que domina en el ámbito del Derecho de obligaciones desde el Ordenamiento de Alca--lá, parece que autorizan a sostener la tesis contraria: la intervención no tendría otro valor que el de una formali--dad que no afecta a la esencia del contrato, porque se --aplicaría el art. 1279 del propio C.c. a tenor del cual --"si la ley exigiese el otorgamiento de escritura u otra --forma especial para hacer efectivas las obligaciones pro--pias de un contrato, los contratantes podrán compelerse a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el con--sentimiento y demás requisitos necesarios para su validez".

Son escasas las opiniones doctrinales verti--das sobre el tema a pesar de la indudable importancia que presenta. Las tesis mantenidas pueden reconducirse a cada una de las alternativas apuntadas al plantear la cuestión.

1. La intervención del fedatario público cons--tituye una formalidad que no afecta al fondo, a la sustan--cia, del negocio jurídico, al "título" de la transmisión o contrato causal de la "traditio".

El autor que primeramente se ocupó de exami--nar ésta cuestión fué URÍA (581) el cual parte en su expo--sición de la necesidad de esclarecer el rango del Decreto de 1.936 en orden a la validez de las enajenaciones no for--malizadas en póliza intervenida por Agente de Cambio y Bol

(581) Comentarios a la LSA, cit.; tomo I, pág. 404.

Y se expresa en los términos siguientes: "el Decreto habla de la nulidad de las transmisiones y negociaciones hechas sin intervención de esos fedatarios, pero -- deben interpretarse esas palabras en el sentido de que -- esa disposición confiere carácter formal o solemne a todos los negocios jurídicos dirigidos a transmitir el dominio de las acciones, sean compraventas, permutas, daciones en pago, donaciones, etc., hasta el punto de que el consentimiento prestado sin llenar esa forma deba reputarse ineficaz? A nuestro juicio, no. Entendemos que el Decreto no ha querido declarar nulos y sin efecto alguno inter partes -- esos negocios jurídicos, sino sencillamente que se inter--vengan las transmisiones posteriores de los valores públicos, industriales o mercantiles que traigan causa de esos negocios. Pero, negocio jurídico obligacional o causal y -- transmisión, son conceptos distintos. La doctrina civilista clásica construyó sobre esa distinción la teoría del título y el modo de adquirir el dominio, que, si anticuada -- hoy, no por ello deja de encontrar expresión en los artículos 609 y 1.095 del C.c. Estos preceptos no dan margen para formular un principio de carácter general válido para -- todo supuesto de adquisición de los distintos derechos reales, pero es evidente, no obstante, que el sistema del C.c. se inspira en la necesidad de la tradición y no admite la transmisión del dominio por consecuencia del simple consentimiento prestado en el contrato causal. Este debe ir acompañado de la transmisión, que es un contrato real distinto del negocio obligacional que la prepara (PEREZ Y ALGUER, notas al Tratado de Derecho civil de ENNECCERUS, I-II, págs. 3 y ss., y III-I, págs. 389 y ss.). Es así como el contrato de compraventa de acciones sólo engendra la obligación de entregar la cosa y de pagar el precio, y la adquisición de la propiedad de las acciones vendidas no adviene sino a virtud de la transmisión o tradición posterior. Partiendo, como es inexcusable, de esa distinción entre contrato causal y transmisión, será fácil llegar a concluir que el De-

creto de 19 de septiembre de 1.936 sólo exige la interven
ción de fedatario público para el negocio de transmisión,
pero no para el negocio causal u obligacional. Antes de -
ese Decreto la transmisión o tradición de las acciones no
requería formalidad alguna, más a partir de él sólo puede
hacerse en forma instrumental intervenida por fedatario -
público. Sin esa intervención la entrega de los títulos -
no transmite el dominio aunque venga precedida de un contrata
to obligacional. No legitimará al poseedor frente a la so
ciedad. Pero ese contrato producirá los efectos que le --
sean propios cuando reúna los requisitos esenciales para -
su validez (art. 1.261 del C.c.), y si la parte obligada
a transmitir no cumple llenando las formalidades exigidas
por el referido Decreto, podrá ser compelida por la otra
parte a cumplir su obligación, y deberá indemnizar en cualqu
ier caso los datos y perjuicios causados por el incumplim
miento. La interpretación del Decreto en el sentido que de
jamos expuesto no sólo es perfectamente compatible con la
finalidad perseguida por él, sino que viene exigida por --
las necesidades del tráfico de acciones y por las exigen--
cias de la buena fe contractual, que no permiten amparar a
quien habiendo vendido acciones pretenda romper el vínculo
libremente creado a pretexto de no haber sido formalizada
la compraventa con intervención de fedatario público. Ciert
tamente, quien venda acciones queda obligado a transmitir
o entregar con las formalidades exigidas por esa disposi--
ción, porque sólo llenando esa forma puede reputarse legi-
timado el adquirente y conseguidos los efectos propios del
contrato obligacional. Pero éste será válido cualquiera --
que sea la forma en que se celebre".

En éste mismo sentido se pronuncian otros -
autores. LANGLE (582), aunque estima que con el D. de 1.936,
ha quedado fundamentalmente alterada la ley circulatoria -
de los títulos al portador (en lo que se refiere a los va-
lores), subraya que "esa intervención obligatoria de un fe

(582) Manual de Derecho mercantil español; Barcelona, 1.954;
tomo II, pág. 494.

ta jurídico, la doctrina proclamada universalmente: los valores al portador siguen transmitiéndose por la simple entrega; solo que la ha de autenticar alguno de dichos depositarios de la fé comercial o pública". Del mismo parecer es SANCHEZ CALERO (583), el cual, apoyado en alguna jurisprudencia, admite que el incumplimiento del D. de 1.936 no altera la validez del acuerdo, sino que afecta a la transmisión de la propiedad, pues la intervención se exige para la seguridad de la propiedad y de las transacciones, -- sin alcanzar a los requisitos esenciales para la existencia del contrato. CAMARA (584), partiendo de la "ratio" -- del Decreto de 1.936, señala que la nulidad se refiere solamente a la vertiente traslativa de la compraventa, pero no a la dimensión puramente obligacional que también existe en la misma, entendiendo que la transmisión de la propiedad solo se operará cuando, además de la entrega o tradición de los títulos, el negocio se formalice en póliza o escritura. Pero esto --concluye CAMARA-- no se opone a que, en el entretanto, exista una relación obligatoria válida -- que facultará al comprador a exigir del vendedor que llene la formalidad prescrita por la ley.

2. La intervención del fedatario público constituye un elemento esencial que afecta a la esencia del negocio jurídico causal.

El Prof. GARRIGUES (585) se presenta como el paladín de ésta posición doctrinal, seguida con vacilación por RUBIO (586), BERGAMO (587) y MORO DE LA VEGA aunque és

(583) Instituciones de Derecho mercantil; Valladolid; 6ª ed., pág. 167.

(584) Estudios de Derecho mercantil, cit.; Vol. I, pág. -- 460, nota 34.

(585) Títulos valores; cit.; págs. 734 y ss. y nota nº 50.

(586) Curso de Derecho de Sociedades anónimas; cit.; pág. 119.

(587) Sociedades anónimas, cit.; pág. 597.

Admite GARRIGUES que, en nuestro Derecho, la tradición es un negocio jurídico distinto del contrato causal e indispensable cuando se trata de la transmisión de la propiedad y de los derechos reales. Pero tal idea - no puede conducir a la afirmación de que el D. de 1.936 - no ha querido declarar nulos los negocios jurídicos dirigidos a transmitir el dominio de los títulos al portador -- (compraventas, permutas, daciones en pago, donaciones, etc.) sino la transmisión posterior que trae causa de esos negocios. Y la razón es sencilla -continúa-: las pólizas de - los Agentes mediadores y las escrituras notariales no se limitan nunca a dar fé de la entrega de unos títulos, sino - que expresan la causa de la entrega, precisamente porque - en nuestro Derecho la tradición no es un negocio abstracto sino causal. En éstos instrumentos públicos -pólizas y escrituras- el contrato causal va inseparablemente unido al hecho de la entrega, y así lo demuestra el art. 101 del C. de c., a cuyo tenor los Agentes de Bolsa que intervengan - en contratos de compra-venta responderán al comprador de - la entrega de los efectos o valores sobre que versen dichas operaciones, y al vendedor del pago del precio o indemnización convenida. Los impresos oficiales de "póliza de operaciones al contado" no se limitan a acreditar la entrega de los títulos, sino la causa de esta entrega, que es el contrato de compraventa (así dice el impreso: Póliza intransferible a favor del comprador D. ...). Por su parte, el Reglamento de la Bolsa de Madrid (589), en su art. 34, conce

(588) Transmisión de títulos valores. Intervención de fedatario público. Su significado y alcance; en Rev. Jurídica de Cataluña; Nº II, 1.972; pág. 159.

(589) Se refiere GARRIGUES al Rgto. de la Bolsa de Madrid - de 12 de Junio de 1.928, hoy derogado. Pero el vigente Rgto. de Bolsas Oficiales de Comercio, aprobado -- por Decreto de 30 junio 1.967 establece igualmente dicha obligación en su art. 139, norma que reproduce el art. 26.1. del Rgto. de Bolsines Oficiales de Comercio aprobado por D. de 6 de junio de 1.969.

ciones de contado que el dador de la orden le entregue antes de toda negociación los efectos objeto de ésta a los fondos destinados a pagar el importe de la misma; y ello, precisamente, para que pueda cumplir el propio Agente la obligación de entrega propia del vendedor en el contrato de compraventa instrumentado en la póliza. Si las formalidades de la legislación especial que comentamos -dice GA-RRIGUES- se refiriesen solo al negocio de transmisión, habría que convenir en la necesidad de extender dos pólizas, una para el contrato de venta (para el que están redactados los impresos oficiales), y otra para la entrega de -- los títulos (para los que no servirán los impresos, ya -- que en ellos se recoge el art. 101 del C. de c. que obli--ga al Agente a responder de la entrega de los títulos co--mo acto posterior al contrato causa, único que se solemniza mediante la póliza). Precisamente -concluye el autor-- la finalidad de la legislación especial de 1.936 consis--tía en obligar al fedatario a que se asegurase de la licitud de la causa de la transmisión; de donde se infiere -- que ésta causa no puede ser excluída del documento que solemniza la transmisión misma.

MURO DE LA VEGA partiendo del carácter "ex--cepcional" de "ley prohibitiva" que configura al D. de -- 1.936, y de la necesidad de su observancia literal, esti--ma que la intervención del fedatario público constituiría un requisito esencial de la operación de compraventa, tanto con respecto a la transmisión (modo) como con respecto al acuerdo de voluntades (título), aunque -a la vista de la jurisprudencia que citaremos posteriormente- se incline por estimar que la cuestión debe ser resuelta en el -- sentido de que la intervención del fedatario únicamente será necesaria para la formalización o ejecución o consuma--ción del contrato, el cual será obligatorio entre las partes y sus causahabientes desde que concurran los requisi--tos esenciales para su validez. Con ello se aparta bastan--te del criterio que inicialmente defendió.

vo institucional de las acciones al portador no está hoy en plena vigencia, establece que dos son las directivas del D. de 1.936: primera, en cuanto a la "legitimación" - frente a la sociedad, reproduce el sistema del C. de c., que ha refrendado la LSA: la tradición sigue gozando de la primacia; segunda, que en el aspecto "causal", el negocio transmisivo debe acomodarse a un formalismo inderogable: documento público o póliza.

RUBIO considera que el D. de 1.936 altera -- esencialmente el sistema de circulación de las acciones de portador, porque se anulan los efectos de la "entrega" - como signo de notoriedad de la transmisión.

Desde la fecha en que se declara obligatoria la intervención del fedatario público en las negociaciones y transmisiones de valores mobiliarios, el T.S. ha - tenido pocas ocasiones de pronunciarse sobre el tema que examinamos. Numéricamente son más las sentencias que apoyan las tesis de URÍA que las que admiten las de GARRI--GUES. Examinaremos su contenido.

3. Sentencias favorables a la consideración de que la intervención del fedatario público constituye - una formalidad que no afecta al fondo del negocio jurídico.

Sentencia de 26 de febrero de 1.945.- Restitución de acciones al portador. Doctrina general: "el art. 51 del C. de c. reconoce la validez de los contratos mercantiles cualesquiera que sean la forma y la clase a que correspondan; y si bien de ésta regla general exceptua - en el art. 52 los contratos que con arreglo al mismo Código o a leyes especiales deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia, entre éstos negocios jurídicos formales mercantiles no figura la transmisión de los títulos al portador ...".

de acciones en documento privado, con pago de una parte de su precio. Al exigir el demandante que, previo pago del -- resto del precio, la demandada endosase las acciones a su favor, la sentencia establece una diferencia clara entre la "perfección" y la "ejecución" del contrato. Con relación al primer aspecto, el T.S. considera que el documento privado -de fecha 6 de agosto de 1.940- demuestra la existencia entre las partes de un contrato de compraventa definitivo y actual que llegó a perfeccionarse por el consentimiento de las partes, y como se trata de la compraventa de acciones de una sociedad que no está sometida por la ley a una forma determinada para su validez, la Sala, al calificarlo de tal forma y declararlo obligatorio para las partes, no infringe los arts. 1254, 1261, 1278, 1279, 1280, 1450, - 1451 y 1462 del C.c.

Sentencia de 13 de abril de 1.957.- Compraventa de acciones mediante cruce de documentos privados. El Tribunal sostiene que, de la existencia de unas cartas en las que vendedor -ofreciendo el cumplimiento del pacto de sindicación existente- y el comprador -dando y pidiendo -- instrucciones sobre la formalización de la operación- practicamente acreditan un acuerdo de voluntades para perfeccionar la venta, ésta ha de estimarse perfecta, aunque no se considere consumada. (Considerando 1º). El art. 52 del C. de c., relacionado con el art. 51 del mismo Código, niega validez y acción a los contratos que no reúnan las solemnidades o formas necesarias, pero no son obstáculo para que entre las partes contratantes que hayan perfeccionado un - contrato consensual se constriñan a dar la forma legal y - eficacia a lo que tienen convenido, y la redacción del D. de 19 de septiembre de 1.936, abona más que en otros casos la doctrina sentada porque patentiza su carácter para la - seguridad de la propiedad y las transacciones sin alcanzar a los requisitos esenciales para la existencia del contrato.

si3n de valores todav3a no puestos en circulaci3n. Sienta el principio de que la inobservancia del D. de 1.936 produce la "ineficacia" legal del contrato aunque no cabe -- desconocer su "realidad".

Sentencia de 13 de octubre de 1.959.- Permuta de acciones. En esta sentencia, el T.S. matiza m3s que en las anteriores en la l3nea iniciada por la de 19 de diciembre de 1.946 y sostenida en la de 13 de abril de 1.957. Sienta la doctrina que la recta aplicaci3n del D. de 1.936 requiere forzosamente que se distinga entre "perfecci3n", "formalizaci3n" y "ejecuci3n o consumaci3n" del contrato, siendo evidente que lo que el aludido Decreto proh3be es la ejecuci3n de la operaci3n convenida sin que proceda la intervenci3n del Agente de Cambio o Corredor de Comercio o Notario, que autorice la transmisi3n en los t3rminos prevenidos en el art. 4º del referido Decreto (590) o sea, imponiendo su formalizaci3n mediante la intervenci3n de tales fedatarios, pero ello no impide sino que supone la previa perfecci3n del contrato, ya que no es racional entender -- que, cuando se trate de utilizar los servicios del Agente o Corredor como mediador hayan de acudir los interesados al mismo sin haber logrado previamente acuerdo sobre la -- transmisi3n de los t3tulos o valores que hubieran de formalizarse.

Sentencia de 29 de abril de 1.969.- Transmisi3n de acciones, valor del documento aut3ntico. Establece que el incumplimiento del D. de 1.936 no afecta a la eficacia de lo concertado entre las partes.

(590) Decreto 19 Septiembre 1.936: Los fedatarios autorizantes de transmisiones de valores o de su negociaci3n, sin previa justificaci3n de la posesi3n leg3tima a favor del transmitente, ser3n criminalmente responsables en concepto de encubridores de los delitos por 3stos cometidos y asimismo tendr3n responsabilidad civil solidaria con los dem3s criminalmente responsables (art. 4º).

venta de valores mobiliarios: formalización de la póliza - por el Agente de Cambio con posterioridad al fallecimiento del vendedor. El ponente del fallo admite literalmente "que la compraventa de valores mobiliarios presenta en -- nuestro ordenamiento positivo, según la sentencia de 7 de marzo de 1.925, dos momentos perfectamente diferenciados: uno, el de la celebración del contrato, cuya efectividad para quienes la concertaron no depende de la presencia de funcionario o mediador de ninguna clase (art. 74 del C. - de c.); y otro, el de su ejecución o transmisión de las - acciones enajenadas, que si bien en un principio se produjo por la simple tradición del documento (art. 545, núm. 2), más adelante, y a partir de la promulgación del art. 1º del Decreto de 19 de septiembre de 1.936, declarado vigente por el primero, inciso cuarto, ap. A), de 14 de diciembre de 1.951, y tercero de la ley de 23 de febrero de 1.940, precisó para lograrlo la intervención de Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio, al extremo de que la ausencia de este requisito "ad solemnitatem", no sólo priva a dicha operación de la irreivindicabilidad que en otro caso le asigna el núm. 3 del repetido art. 545, sino que la convierte en radicalmente excepcional, no se extiende a la del convenio que sirvió de antecedente a la transmisión que, según SS. de 19 de diciembre de 1.946, 13 de abril de 1.957 y 13 de octubre de 1.959, produce todos -- sus efectos entre quienes la suscribieron y sus herederos (art. 1.257), que recíprocamente pueden compelerse a formalizarlo".

Pero la sentencia, en el mismo Considerando, añade que aunque así no fuera y se adoptase la solución - contraria, se llegaría a la misma conclusión, porque la - transferencia de los efectos litigiosos se realizó, en el evento aquí controvertido, mediante Pólizas intervenidas por Agente de Bolsa, sin que éste señor, que únicamente - estaba obligado, en caso como el presente, a asegurarse - de la legitimidad de la firma de los estipulantes (art. -

comendado la ejecución del contrato antecedente, conociera en ésta fecha el previo fallecimiento del propietario de las acciones y sin que fuera de apreciar mala fé, respecto a la compradora ... no es posible declarar nulas - tales pólizas.

4. Sentencias que estiman que la intervención de fedatario público es requisito que afecta a la esencia misma del negocio jurídico.

Sentencia de 6 de octubre de 1.956.- Cesión de acciones por contrato verbal. La Sala, en el Considerando 1º de su sentencia, establece que aún dejando aparte - toda la importancia jurídica que tiene el contrato de venta verbalmente formalizado, es lo cierto que para que tuviera efectos jurídicos no bastaba el cumplimiento de los requisitos que exige el art. 1261 del C.c., sino que por hallarse vigente en el momento de su otorgamiento -28 de septiembre de 1.947- el D. de 19 de septiembre de 1.936, ratificado por la ley de 23 de febrero de 1.940, era preciso de modo ineludible la intervención de Agente de Bolsa, Corredor de Comercio e intérprete de buques o Notario, siendo tan tajante la redacción del precepto que la exige que no solamente prohibía la celebración de contratos de tal clase sin el mencionado requisito formal, con lo que al celebrarlos de otro modo entraba en juego la sanción del art. 4º del C.c., sino que expresamente declaraba nulas - las operaciones realizadas sobre los valores mobiliarios aludidos después de 19 de julio de 1.936, lo que indicaba claramente que el legislador concedía tal importancia al requisito de la intervención de fedatarios que establecía, que no admitía subsanación posterior de ese defecto, y en estas circunstancias de hecho y de derecho no puede atribuirse al juzgador de instancia el haber incurrido en -- error en la interpretación y aplicación del Decreto de -- 1.936 y Ley de 1.940 referidos, al declarar la imposibilidad de cumplimiento del convenio de venta de las acciones

que ha de quedar rechazado el motivo primero del recurso, porque además no puede sostenerse, como con inteligente su tileza lo hace el recurrente, que en el caso presente se pueda distinguir entre convenio de voluntades para la compra-venta de acciones, título, y transmisión de las mismas (modo), entendiendo que solamente para la transmisión se exigía la intervención de los fedatarios designados en las normas legales antes citadas, porque esta intervención no se requería para que simplemente se autenticase el paso ma terial de los títulos valores de unas a otras manos, sino que con arreglo al principio que inspiró la promulgación de dichos Decreto y ley, para que como salvaguardia de la legitimidad del convenio se acreditase la propiedad de las acciones objeto del negocio y la libre actuación de los -- contratantes para solmnemente obligarse, y tales propósitos no pudieron quedar cumplidos en un contrato verbal de venta de acciones por muy perfecto y casi consumado que lo consi dere el comprador demandante.

Sentencia de 10 de mayo de 1.974.- Compraventa de acciones: consumación y elevación a escritura pública. El fallo contempla un caso en que el actor, basándose en unos asientos contables de cargo y abono en cuentas del comprador y del vendedor, solicita que se declare la existencia de un contrato de compraventa consumado y que se -- exija su formalización ante fedatario público. El Ponente, después de desestimar la demanda, al no considerar probado que hubiese "entrega" del precio y de los títulos, sienta el principio de que "no podía darse al contrato la forma -- solemne solicitada, ya que ha de ser simultánea al dicho -- pago".

Un Acuerdo del TEAC, de 16 de febrero de -- 1.954, corrobora ésta tendencia jurisprudencial al establecer la inaplicabilidad del impuesto a la transmisión de -- acciones en documento privado, porque se ha producido un -- caso claro de "nulidad civil y mercantil" en la citada ope

5. Conclusión alcanzada.

En verdad, como se ha podido observar, es prácticamente imposible alcanzar una conclusión generalmente aceptada y que concilie los antagónicos puntos de vista expuestos.

Por una parte, no cabe desconocer la aceptación por nuestro C.c. del principio "espiritualista" - en materia de contratos, lo cual, unido a la admisión de la teoría del "título y el modo" (arts. 609 y 1095), apoyaría las tesis de URÍA y sus seguidores.

Pero por otro lado, tampoco es posible olvidar que el C. de c. impone a los fedatarios mercantiles (art. 95, 1º) una serie de obligaciones que exceden, con mucho, de lo que podría esperarse de su sola intervención en la "tradición" o modo de la transmisión de los títulos. El Reglamento de Bolsas, por su parte, corrobora y amplía estas obligaciones del Agente que haya de intervenir alguna negociación (arts. 139 y 141), lo que le confiere un "papel" relevante en la misma. En éste sentido - sería aceptable el criterio de GARRIGUES.

A nuestro entender, el punto controvertido debe analizarse desde dos perspectivas diferentes: una, - atendiendo al carácter y objetivos perseguidos por el D. de 1.936, y otra, analizando los preceptos del C. de c. y del C.c. que, en su caso, tengan relación con el tema.

Desde el primer punto de vista, no cabe desconocer que la norma dictada en 1.936, de carácter excepcional, perseguía una finalidad concreta y determinada: asegurar la "regularidad" de las operaciones sobre valores - mobiliarios, necesidad que lógicamente venía impuesta por

da de las vicisitudes de la guerra civil- que requería una terapéutica profunda y especial. En éste sentido, la "ratio" del Decreto no difiere en absoluto de la filosofía -- que anima, en general, las disposiciones que configuran el Derecho económico: salvaguardar el orden económico establecido.

En consecuencia, la transgresión de la norma de 1.936 conlleva la aplicación automática de la disposición contenida en el art. 6º, apdo. 3 del C.c. (anteriormente, el art. 4º del mismo Código) y, por tanto, la nulidad de pleno derecho.

Ahora bien, la nulidad señalada, ¿alcanza solamente a la entrega o tradición de los títulos o también al negocio jurídico obligacional?

La respuesta debe encontrarse en los preceptos de derecho sustantivo que contienen el C.c. y el C. de c. Que el principio espiritualista de la contratación es - el aceptado por nuestros dos principales cuerpos legales, es innegable (arts. 1254, 1258 y 1278 del C.c. y arts. 50 y 51 del C. de c.) y que, como regla general, ha de admitirse inicialmente, también. Pero tanto en uno como en otro Código, éste principio tiene sus atenuaciones, dictadas casi siempre, para proteger la seguridad del tráfico jurídico. Y por ello, el art. 1279 del C.c. establece que, cuando la ley exigiese el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse a llenar aquella forma, debiendo constar en documento público - una serie de actos y contratos a los que se refiere el art. 1280 del mismo cuerpo legal. El art. 51 del C. de c. señala que serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal de que

cho civil tenga establecidos, si bien se exceptua de ésta regla general -a tenor del art. 52- los contratos que con arreglo a éste Código o a las leyes especiales deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia, siendo ineficaces (es decir, no produciendo obligación ni acción en juicio) los que **no llenen** las circunstancias requeridas.

Como han señalado LOUSSOUARN y BREDIN (591) - la complejidad de la noción de "forma", viene impuesta por que, ciertas formalidades legales, responden a finalidades que exceden de los simples actos materiales exteriores, -- llegando a sostenerse que las "formas solemnes" tratan de proteger el consentimiento de los contratantes e interesan, más que a la forma en sí, al fondo del contrato.

No parece aventurado sostener la tesis que, - de acuerdo con los preceptos legales transcritos, nos inclinaría a considerar que el Decreto de 1.936 introduce un -- "requisito" en el negocio jurídico, cuya exigencia, en orden a la eficacia de aquel parece incuestionable. Que el - requisito sea esencial o no para que se produzca la transmisión de la propiedad de los valores, debe deducirse del "papel" que al fedatario corresponda desempeñar. Si se limita a legitimar la entrega de los valores, es decir, a conferir publicidad a la transmisión "ya efectuada inter-partes", la solemnidad estaría referida simplemente a la entrega y, en consecuencia, las ideas mantenidas por URÍA, - SANCHEZ CALERO, CAMARA, etc., serían las correctas; pero, si la actuación del fedatario público llega más allá de la mera solemnidad descrita, estarían en lo cierto quienes, - como GARRIGUES, atribuyen una mayor relevancia a la intervención de aquel.

La norma especial -el Decreto de 19 de septiembre de 1.936- es de aplicación en todo caso, por así dispo

(591) Droit du commerce international, cit.; págs. 591-592.

nes del C.c. (art. 2º del C. de c.). Pero, además, la intervención del fedatario, no puede limitarse a constatar formalmente la entrega de los valores por parte del vende dor, sino que su actuación debe cumplir, a tenor de los arts. 93, 95, 101 y ss. del C. de c., una función que des borda el estrecho marco de una simple "legitimación de la entrega". Esta idea está hoy en día más que corroborada por la introducción -en las operaciones sobre valores admitidos a cotización oficial en las Bolsas- de un sistema de liquidación de las operaciones, que ha dado lugar a la desaparición física de los títulos, quedando reducida la "traditio" a la simple anotación contable de las transmisiones efectuadas (D.L. de 30 noviembre 1.973, nº 12, art. 24, desarrollado por el D. de 25 abril 1.974, nº 1128 y - la O.M. de 20 mayo 1.974) (592).

El fedatario cumple, con la intervención, una triple función: a) "califica" el fondo del asunto, desde el momento en que ha de preocuparse por asegurar la regularidad de los valores objeto de negociación -art. 61 Rgto. Bolsas, art. 104 C. de c.-, la identidad de las personas por cuya cuenta actúa -art. 95, 1º del C. de c., arts. 156, 4º y 5º y concordantes del Rgto. notarial, art. 141 Rgto. Bolsas-, su capacidad -art. 95, 1º C. de c., art. 145 Rgto. notarial, art. 141 Rgto. Bolsas-, la legitimidad de las firmas de los contratantes -art. 95, 1º C. de c.- y de -- que las formas habilitantes de la capacidad se han discer nido de conformidad con la ley -art. 95, 1º C. de c.- res pondeando de la entrega del precio y de la tradición de los valores -art. 101 C. de c.-; b) "documenta" la operación en que interviene, haciendo constar las circunstancias de todo género, bien en el propio documento que auto

(592) Sobre los antecedentes del nuevo sistema de liquidación nos remitimos a: BROSETA M., Hacia una más fácil negociación y administración de los valores mobiliarios al portador, Valencia, 1.967, y FERNANDEZ FLORES F., La mecánica operativa de la Bolsa y su urgente actualización, cit.; págs. 5 y ss.

tos que integran la operación cuando es intervenida por - fedatario mercantil -vendís, notas de intervención, pólizas-, y c) "registra" el contrato, incorporándolo a un -- protocolo, o transcribiéndolo en un libro-registro dispues to al efecto (arts. 93 y 102 del C. de c.). En éste sentido la intervención del fedatario va más allá de la fase eje cutiva o de consumación del acuerdo de voluntades de las partes del negocio, para insertarse como una condición fundamental para su eficacia "erga omnes".

Si la interpretación del antiguo art. 4º - del C.c. podía dar lugar a ciertas dudas sobre su alcance efectivo, creemos que la redacción del apdo. 3 del art. 6º no las ofrece actualmente, porque su texto es claro: "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se es tablezca un efecto distinto para el caso de contravención". El D. de 1.936 es, por su propia esencia, una norma que se incluye sin ningún esfuerzo entre las prohibitivas; la nulidad se establece expresamente como efecto propio y pecu- ar para el supuesto de su incumplimiento -a diferencia - de lo que ocurría, según advertimos, en el caso del control de cambios-; de aquí que, bajo éste prisma, parece que pueda ofrecer dudas la validez de la transmisión concertada - sin intervención de fedatario. Pero ya hemos observado que ésta intervención no se contrae, solamente, al acto jurídico de la entrega de los títulos, sino que incide en el fondo del propio negocio obligacional, por lo que debe estimarse que a éste alcanzan, igualmente, los efectos que proclama el Decreto de 19 de septiembre de 1.936.

Cuales puedan ser los efectos que, de ésta conclusión, se produzcan en algún supuesto concreto de operaciones sobre valores españoles por parte de extranjeros, es un tema que trataremos a continuación.

b) La negociación de valores mobiliarios -

Las normas vigentes en materia de IE preven que, mediante autorización expresa, los valores mobiliarios emitidos por sociedades españolas puedan exportarse al extranjero (Instr. nº 31, Circ. 4/74, DGTE), y que las operaciones sobre estos valores puedan realizarse fuera - de nuestras fronteras (art. 29, 2 del RIE e Instr. 14, - Circ. 4/74, DGTE), dentro de ciertas condiciones y con determinados efectos, cuyo análisis se efectuará en la Sección siguiente de éste Capítulo. Ahora solo nos propone-- mos abordar un aspecto que estimamos de interés, y es el que se refiere a la colisión que puede producirse entre - la disposición del D. de 19 de septiembre de 1.936 y las que, con arreglo a las normas de Derecho internacional -- privado que, en materia de contratos, establece el C.c. - (arts. 10º, 5 y 11) puedan ser aplicadas fuera de nuestro país, pero con efectos en nuestro ordenamiento legal. El tema es importante, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, pues numerosas influencias de todo tipo -- -principalmente fiscal- pueden imponer la exportación de los títulos y la formalización de operaciones fuera de España.

El D. de 1.936 no distingue situaciones diferentes, que de hecho se dan, en la negociación de los valores mobiliarios: cuando la operación no esté intervenida por fedatario público, sin más, la nulidad acompaña al acto de transmisión. Por su parte, el art. 11 del C.c. recoge la aplicación del principio "locus regit actum" en - nuestro Derecho, lo que pugna abiertamente con la norma - de 1.936 e igualmente sucede si se les aplica el criterio de la "lex rei sitae", que excluye intervenciones de cualquier naturaleza en el acto de la transmisión. La antinomia legal se produce ciertamente, y debemos tratar de establecer algún criterio aceptable.

Nos parece que, expresamente, tan solo un auto

zar el tema que hemos expuesto, centrándolo en determinar si la regla "locus regit actum", según la cual, la "lex loci" será la aplicable para determinar los requisitos formales de los actos, debe prevalecer sobre el D. de 19 septiembre 1.936 o, por el contrario, éste debe constituir una excepción a dicha regla. Y su conclusión es que la norma específica -el D. de 1.936- debe prevalecer sobre el Código, -salvo en dos concretas excepciones: las operaciones sobre valores españoles cotizados en Bolsas extranjeras y sobre títulos emitidos directamente en el extranjero. Y fundamenta la solución alcanzada, principalmente, en el carácter -de ley prohibitiva que configura al D. de 1.936, cuya vi--gencia no puede ser enervada por "convenciones acordadas -en país extranjero", tal y como señalaba el párrafo tercero del art. 11 del C.c., en su primitiva redacción de 1.889.

A nuestro entender, después de la reforma del C.c., en 1.974, la cuestión se plantea de forma dife--rente; primero, porque la regla "locus regit actum" ha perdido la "vis atractiva", la exclusividad, que tenía con anterioridad, y en segundo término, porque admitiendo que el D. de 1.936 no se refiere solamente a la imposición de una solemnidad determinada en la formalización del negocio -forma externa-, sino que influye, de forma determinante, sobre el fondo de éste, la perspectiva jurídica del tema varía -grandemente. El D. de 1.936 no impone, únicamente, el cumplimiento de un determinado requisito formal, sino que penetra en la propia sustancia del negocio y, a través de la actuación del fedatario público, lo condiciona en su integridad.

NIBOYET (594) al tratar de la "forma de -los actos" acuñó una cuádruple clasificación que hizo -fortuna en la doctrina iusprivatista, principalmente franco

(593) Transmisión de títulos valores, cit.; págs. 405-407.

(594) Principios de Derecho internacional privado; Madrid, 1.928; pág. 514.

las procesales (596), las de publicidad (597) y las "habilitantes" (598), para subrayar, aceptando la idea - de DUMOULIN -el cual, a su vez, matiza el principio que estableció la escuela de BARTOLO-, que solo en el primer sentido es aquel en que el Derecho internacional privado se ocupa de la forma de los actos.

La forma externa de los actos se ha venido rigiendo, desde antiguo con carácter casi absoluto, por la regla "locus regit actum" que viene a admitir que "un acto es válido si se ha realizado conforme a las reglas vigentes en el lugar de su celebración" (599). Y como seña la VITTA (600) parece indudable que debe aceptarse el -- criterio de que las formas a que se refiere la regla son las denominadas "ad solemnitatem", porque las "ad proba-tionem" constituyen materia de las pruebas y, por ello, se rigen por las normas que regulan los medios de prueba y que, de ordinario, se admite que lo sea la "lex fori".

El C.c. -redacción 1.889- consagró su art. - 11 al "estatuto formal" y reconoció el principio -ya ad-mitido desde antiguo en nuestro ordenamiento jurídico -- (601)- de la regla "locus regit actum" que -como hemos -

-
- (595) Las formas "extrínsecas" en oposición a las formas in-trínsecas. Para que un acto jurídico sea válido debe reunir determinadas condiciones de fondo (llamadas, - en otro tiempo, formas intrínsecas) y acomodarse a -- ciertas condiciones de forma (formas extrínsecas) (NIBOYET; Principios, cit.; pág. 514).
- (596) Son formas procesales las que se refieren a la trami-tación de los litigios y de las diversas instancias - judiciales. En estos casos corresponde la competencia exclusiva a la "lex fori" (NIBOYET, Principios, cit.; págs. 514 y 535 y ss.).
- (597) Las formas de publicidad son las destinadas a infor--mar a los terceros. A éste grupo pertenecen las ins--cripciones de transmisión de la propiedad en un Regis-tro público (NIBOYET, Principios, cit.; pág. 514).
- (598) Las formas habilitantes son las formas impuestas a -- los que carecen de capacidad legal y a sus represen--tantes para que puedan realizar válidamente determina-dos actos (NIBOYET, Principios, cit.; págs. 514 y 538 y ss.). Deben regirse por la "lex patriae", o ley per-sonal, ya que la forma, como tal, es secundaria, por-que lo que importa asegurar es la plena personalidad jurídica del sujeto para obligarse (YANGUAS; Derecho internacional privado, Parte general; Madrid, 1.944; pág. 206).
- (599) NIBOYET, Principios, cit.; pág. 515.
- (600) Diritto internazionale privato; Turin, 1.973; tomo II, pág. 140.
- (601) Se aceptó tal principio, con sus matices lógicos, en -

internacional privado (602), y defiende por la inmensa mayoría de la doctrina.

El carácter que ostenta -regla imperativa o facultativa-, su contenido -que plantearía el tema de - la equivalencia de las formas- y su eficacia serían -- otras tantas cuestiones de interés a examinar. Pero cree mos que ello no justifica, a pesar de todo, el que desarro llemos en este lugar toda la problemática que plantea - la regla "locus regit actum", pues excedería de los lí mites que nos hemos impuesto (603).

Ciñéndonos a nuestro Derecho positivo, debe mos recordar como el art. 11 del C.c., en su redacción de 1.889, establecía que "las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públi-- cos se rigen por las leyes del país en que se otorguen". Se trataba de una regla imperativa "se rigen" que no ad mitía otras excepciones que las consignadas en las le-- yes. El apartado 2º del art. 52 del C. de c. corrobora éste criterio al señalar que constituirá excepción al - principio general de la libertad de forma consagrada en el art. 51 del mismo cuerpo legal, el caso de "los con tratos celebrados en país extranjero en que la ley exi ja escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez aunque no las exija la ley española". En es te caso -concluye- "los contratos que no llenen las cir cunstancias requeridas, no producirán obligación ni -- acción en juicio". Al mismo tiempo se trata de una dis posición que -en opinión mayoritaria- se refiere tanto a los documentos públicos como a los privados.

No obstante, reconoce el legislador la nece sidad de atemperar el carácter absoluto y excluyente --

Las Partidas (Partida primera, Ley XV, tit. I; Partida tercera, ley XV, tit. XV; Partida cuarta, ley XXIII, - tit. XI); La Novísima Recopilación (ley 18, tit. XX, - libro 10); el C. de c. de 1.829 (art. 486); el R.D. de 17 de octubre de 1.851; en el Proyecto de C.c. de 1.851 (art. 10); la LEC de 5 de octubre de 1.855 (art. 282); la L. Hipot. de 1.869 (art. 5º); la LEC de 1.881 (art. 600, 3º); en el Proyecto de C.c. de 1.882 (art. 11); - la Ley de Bases de 11 de mayo de 1.885 (Base 2ª); el - C. de c. de 1.885 (art. 62).

(602) C.c. italiano de 1.865 (art. 9º) y el de 1.942 (art. - 26, 1º); C.c. alemán (art. 11 de la ley de introducción, C.c. portugués de 1.966 (art. 36).

(603) Un compendio interesante de las opiniones de mayor au toridad expresadas en la materia, puede encontrarse en BLANQUER UBEROS R., "El estatuto formal: artículo 11 - del C.c." en la obra colectiva publicada bajo el patro cinio de la Academia Matritense del Notariado: El títu lo preliminar del C.c.; Madrid, 1.977; Vol. II, págs. 162 y ss.

se establecen una serie de excepciones que enmarcan debidamente su aplicación. Estas excepciones pueden clasificarse en dos apartados: uno, las de carácter general, --aplicables a cualquier situación en que surjan las condiciones precisas para su contemplación; otro, las de carácter específico, es decir, las que contemplan situaciones concretas y determinadas que no admiten, en principio, una interpretación analógica. Entre las primeras limitaciones de carácter general- cabe citar:

1º Derogación tácita del principio por colisión genérica con normas internas: cuando las leyes extranjeras vulneren disposiciones que afecten al "orden público" y las "buenas costumbres" (art. 11, 3º C.c.);

2º Derogación expresa por aplicación excluyente de la norma interna: existencia de leyes prohibitivas (art. 11, 3º C.c.); y

3º Derogación explícita por aplicación de la norma interna en el extranjero (proyección del concepto jurídico-público de la soberanía): cuando autorice el acto un funcionario diplomático o consular de España en el extranjero (art. 11, 2º C.c.). Estos límites de tipo general se reflejan con nitidez en el conjunto de las excepciones "específicas" -muy limitadas- que se contienen por ejemplo en el propio C.c. (en materia matrimonio, --art. 42; de testamento, arts. 688, 4º, 732, 733, 1012) o en el C. de c. (art. 578, venta de buque), leyes especiales (vgr.: ley Hipoteca Naval de 1.893, art. 17), etc.

El reformador de 1.974 -influenciado sin duda por tendencias doctrinales y normativas más evolucionadas (C.c. alemán, italiano de 1.942, griego 1.940, portugués 1.966)- declara que "la regla locus regit actum", mantenida en principio para las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos, ha perdido el carácter de exclusividad de que antes estaba provista (Exp. de Motivos de la Reforma de 31 de mayo) y por ello, en la nueva redacción otorgada al art. 11 del C.c., el principio olvida su carácter imperativo hasta -un punto tal que se le considera como una alternativa -- más en el conjunto de las posibilidades legales que ofrece el estatuto formal. La innovación es importantísima. Las alternativas que contempla por lo que se puede referir a los valores mobiliarios (604) son las siguientes:

(604) Además de las cuatro que se citan en el texto, para el caso de los inmuebles, la reforma de 1.974 admite un quinto criterio: el de la "lex rei sitae" ("igualmente serán válidos los otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen": art. 11, párrafo primero, final).

por las leyes del país en que se efectúe el otorgamiento del acto (locus regit actum).

2ª) Aplicación de la ley que rige el contenido del acto o contrato (lex substantiae).

3ª) Utilizando las formas o solemnidades que dispongan las leyes que regulan el estatuto personal de los otorgantes, o en caso de no ser común, la que corresponda al disponente (lex patriae).

4ª) Formalizando el acto de conformidad con las leyes españolas, cuando el autorizante sea un funcionario diplomático o consular de España en el extranjero.

Las razones de la admisión de éste múltiple criterio de conexión para la forma de los actos jurídicos radica, principalmente, en motivos de orden práctico: la tendencia a considerar como aplicable no solamente la norma de un Estado, sino la de varios, con el fin de salvar, desde el punto de vista de la forma, la validez del acto. Esta tendencia se resume -como apunta VITTA (605)- en el llamado principio del "favor negotii" que, en los últimos años, va abriéndose camino no solo en las normas internas sino en las convenciones internacionales (vgr.: Convención de La Haya de 5 de octubre de 1.961, sobre disposiciones testamentarias).

Este principio despliega sus efectos tanto para el caso de que los distintos criterios alternativos estén debidamente jerarquizados como cuando no se produzca tal circunstancia.

El art. 11º, 1 del C.c. se encuentra claramente inspirado -a nuestro entender- en el art. 26.1 del C.c. italiano de 1.942, y por ello, ante la falta de jurisprudencia patria en este tema, estimamos que los criterios sentados a propósito del texto italiano son admisibles en la interpretación del nacional.

En principio, se admite el criterio de la aplicación de la ley más favorable para la validez del negocio, abstracción hecha de la voluntad de los interesados ("favor validitatis").

En segundo lugar, el orden en que se han enunciado no presupone prelación alguna entre los criterios señalados. La "lex loci actus" ha perdido su carácter exclusivo y, aún cuando siga constituyendo el procedimiento más utilizado por su misma simplicidad, los inte

los otros tres, excepto en algún caso muy concreto.

Por otro lado subsisten las limitaciones a su aplicación. En el texto reformado del Código se observa que desaparecen las anteriores excepciones basadas en la vulneración de las "buenas costumbres" nacionales y en la existencia de "leyes prohibitivas", siendo ambas reemplazadas por la aparición de un concepto más técnico y preciso: el "fraude a la ley" (art. 12.4), mientras subsiste la excepción fundada en el "orden público" -- (art. 12.3). Y todo ello es aplicable no solo a la "lex loci", sino a la "lex substantiae" y a la "lex patriae". Es decir, la excepción de orden público y la fraude a la ley despliegan sus efectos en cualquiera de las hipótesis contempladas.

La noción del orden público, y su naturaleza variable, relativa y compleja, al decir de YAGUAS (606), ha hecho fracasar todos los intentos de concreción -- (607), constituyendo por ello una materia eminentemente judicial. No obstante estimamos que se hace preciso, a los efectos que perseguimos, intentar establecer, dentro de lo factible, sus caracteres más salientes. Y para ello trataremos de ampliar nociones ya esbozadas con anterioridad, sobre este mismo argumento.

El límite que a la aplicación de las normas extranjeras supone el orden público, no tiene otro fundamento que evitar los riesgos que puede suponer la aceptación de normas foráneas incompatibles con la "ideología jurídica" nacional (608). Este principio, reconocido desde la época estatutaria, constituye -- como indica VERPLAETSE (609) -- uno de los ejemplos más decollantes -- de conceptos casi universalmente aceptados por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina en el Derecho internacional privado. Pero su aceptación no ha ido pareja con su delimitación, sin duda porque se trata de una idea cambiante de acuerdo con la evolución cultural e ideológica de las comunidades nacionales, por lo que se muestra dificultoso encontrar una noción única capaz de ser aplicada a todos los ordenamientos legales. La --

(606) Derecho internacional privado, cit.; págs. 265-286.

(607) Sobre éste punto, vid. SANCHEZ-APELLANIZ F., "La reforma del sistema español de Derecho internacional privado" en la Rev. Documentación Jurídica; Madrid, 1.974; nº 4; pág. 1357 y nota nº 26.

(608) El legislador, al admitir la aplicación de leyes extranjeras, no puede dar un voto en blanco al conjunto de legislaciones del universo, cualquiera que sea, el contenido y posterior evolución de esos ordenamientos (BATIFFOL H., Traité élémentaire de Droit international privé; Paris, 1.959; pág. 410).

(609) Derecho internacional privado; Madrid, 1.954; pág. 300.

piensan que ésta excepción de orden público contempla esencialmente una contradicción entre la norma extranjera y los principios consagrados por el Derecho natural (610), otros amplían ésta idea con la de la incompatibilidad entre la norma extranjera y las de carácter interno que "traducen o incorporan conceptos sustantivizados, deducidos no del "ordo naturalis", sino de aquellas convicciones, ideales y criterios imperantes, en un momento dado, en cada comunidad político-social, no tanto en la conciencia colectiva de la comunidad, como en la voluntad del legislador" (611). Se traduce así la vieja idea de SAVIGNY cuando distinguía -- dos grupos de casos de orden público: 1º Las leyes prohibitivas (basadas en un interés de cualquier naturaleza) y 2º Las instituciones desconocidas (ejemplos: muerte civil, esclavitud) (612).

A nuestro entender, la nueva redacción del art. 12º, 3, del C.c. resulta más afortunada que la derogada: 1º) porque borra la distinción existente entre las leyes prohibitivas y las que afectan al orden público -- (distinción en la que algunos autores han querido encontrar el argumento para admitir la existencia de un orden público interno y un orden público internacional en nuestras normas legales), ya que las primeras deben incluirse necesariamente en las segundas; y 2º) porque al admitir la excepción con una fórmula tan amplia como la utilizada en el nuevo texto, obvia el inconveniente que presenta el sistema de cláusulas especiales, -- porque éste impone una interpretación restrictiva del concepto.

Los efectos que produce la aplicación de la -- excepción del orden público son, evidentemente, de dos órdenes: uno, de carácter negativo, al bostaculizar la admisión de la ley extranjera, y otro, positivo, la -- aplicación de otra norma en lugar de la rechazada. Cual deba ser ésta norma "subsidiaria" ha sido objeto, igualmente, de discusión. Como indica FRAGUAS (613) las so-

-
- (610) SPERDUTTI, "Sul limite dell'ordine pubblico" en Rev. Diritto internazionale, 1.960; nº 43; págs. 303 y ss.; DESPAGNET, "L'ordre public en Droit international privé" en Rev. Journal du Droit international, 1.889; -- pág. 217.
- (611) FRAGUAS R., "Las excepciones a la aplicación del derecho material extranjero normalmente reclamado", en la obra colectiva El título preliminar del C.c., cit.; -- pág. 392.
- (612) Estado por VERPLAETSE, Derecho internacional privado, cit.; pág. 301.
- (613) Las excepciones a la aplicación, cit.; págs. 404-405.

extranjero reclamado, pero modificado y adaptado para - que pierda su incompatibilidad con el orden público del foro, y solo cuando tal adaptación se revele imposible se recurrirá a la ley del foro (614) y b) aplicación directa de la "lex fori" en lugar del Derecho extranjero. Ante la desnaturalización que se produciría casi siempre, aplicando la primera de las soluciones citadas, parece aconsejable aceptar la segunda, criterio éste que -al decir del autor citado- es el adoptado por nuestros Tribunales.

La excepción de orden público ha jugado un papel muy relevante en las relaciones jurídicas que afectan a la esfera familiar (matrimonio, filiación) y prácticamente nulo en el aspecto patrimonial.

Para concluir con éste punto, creemos que - debe subrayarse la idea de que cuando la aplicación de la norma extranjera produce un resultado contrario a -- normas prohibitivas internas (que se deben considerar -- siempre como de "orden público"), por aplicación del párrafo 3 del art. 6º del C.c., éste ha de reputarse nulo de pleno derecho, salvo que en tales normas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención -- (615).

El "fraude a la ley" como categoría autónoma del Derecho internacional, independiente de la del "orden público" (616), ha obtenido su reconocimiento legal específico en la reforma del C.c., en virtud de la cual "se considerará como fraude a la ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española" (art. 12.4). Es ésta una de las novedades que presenta la modificación de 1.974.

La noción genérica del "fraude a la ley" se contempla en el art. 6º. 4 del propio C.c., cuyos términos (617) han sido criticados por DIEZ-PICAZO

(614) Criterio seguido por el C.c. portugués de 1.966 (art. 22.2). Sobre éste punto, vid.: GARCIA VELASCO, Conceptión del Derecho internacional privado en el nuevo Código civil portugués; Salamanca, 1.971; págs. 148-159.

(615) El C.c. alemán de 1.896 adopta una fórmula más amplia al establecer que "la aplicación de una ley extranjera está excluida si dicha aplicación atentase contra las buenas costumbres o contra el fin de una ley alemana".

(616) NIBOYET, al examinar las hipótesis en que la excepción de orden público juega, alude en tercer lugar al "fraude a la ley" (Principios, cit.; pág. 520).

(617) Art. 6º 4: "Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por

SANCHEZ-APELLANIZ (619) han de considerarse francamente satisfactorios, mejorando las primitivas propuestas de YAGUAS y TRIAS DE BES.

Y sus efectos se concretan en la forma siguiente: por un lado, a tenor del art. 6º.3 en relación con el art. 12º.4. -ambos del C.c.- se produce la nulidad de pleno derecho del acto realizado contrariando la norma imperativa interna, y por otro, el fraude no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir" (art. 6º.4 C.c.), es decir, la propia disposición imperativa española. Desde luego que, solamente en el caso de que se pretenda el reconocimiento en nuestro país de los efectos que dimanen del acto formalizado en fraude de ley, se producen los resultados indicados (620).

La regla "locus regit actum", cuyo concepto, - rango y limitaciones, se han esbozado con anterioridad, ha perdido una gran parte de su valor en la redacción - vigente del C.c., sin duda alguna admitiendo las corrientes legales imperantes en la actualidad, algunas de -- ellas esbozadas ya desde hace tiempo y ahora, aceptadas con carácter general. Así, el C.c. chileno de 1.855 establece que "la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados" aunque "su autenticidad se probará según las reglas" nacionales (art. 17), lo que traduce, posteriormente, asimilando "formas" a "solemnidades" (art. 1027) y siendo -- éstas las "nacionales" cuando el acto esté autorizado -- por funcionarios diplomáticos o consulares de Chile en -- el extranjero (art. 1028); por su parte el C.c. italiano de 1.865 establece la distinción entre las reglas aplicables al "fondo" del acto (criterios de la ley nacional -- de los disponentes en actos gratuitos y de la ley de lugar de celebración, ley nacional o de la autonomía de la voluntad en los demás) y a su "forma extrínseca", a la -- que aplica la "lex loci" (art. 9º), criterios que recoge y sistematiza en la redacción de 1.942 (art. 26, 1) apli

el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán -- la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

- (618) "El abuso del Derecho y el fraude a la ley en el mero título preliminar del C.c. y el problema de sus recíprocas relaciones"; en Rev. Documentación jurídica; - Madrid, 1.974; nº 4, pág. 1341.
- (619) La reforma del sistema español, cit.; pág. 1358 y ss.
- (620) AGUILAR (Derecho civil internacional; Madrid, 1.960; pág. 304) se inclina a mirar con extrema reserva la -- aplicación del fraude, que en la mayoría de los casos se suscita por una indebida confusión entre lo que es de fama y lo que desborda las formalidades.

reforma de 1.974, en Alemania, el C.C. de 1.950, en su Ley Introductoria, establece que la "forma" del negocio jurídico se determina según las leyes que son competentes para la relación jurídica que constituye el objeto del negocio jurídico (*lex substantiae*), bastando, sin embargo, la observancia de las leyes del lugar en que se celebre el negocio jurídico. No obstante, ésta según una alternativa (*lex loci*) no se aplica a un negocio jurídico por el cual se origina un derecho sobre una cosa o se dispone de semejante derecho (art. 11); el C.c. -- griego de 1.940 consagra la aplicación alternativa de la "lex loci", la "lex substantiae" o la "lex patriae" común de las partes (art. 11), con la excepción de los -- "actos sobre derechos reales" que se rigen por la "lex reinitae" (art. 12), criterios que se mantienen en el -- texto legal actualmente vigente. En el código brasileño, de 1.942, encontramos una regla muy especial, ya que dice su art. 9º, 1, que "si una obligación debe ser ejecutada en Brasil y depende de una forma esencial, ésta se observará, siendo admitidas las particularidades de la ley extranjera sobre condiciones extrínsecas del documento". En Portugal su moderno C.c. (25 de noviembre de 1.966) establece que "la forma de la declaración de la voluntad se regula por la ley aplicable a la sustancia del negocio; sin embargo, es suficiente la observancia de la ley en vigor en el lugar en que fué hecha la declaración, salvo si la ley reguladora de la sustancia del negocio exige, bajo pena de nulidad o ineficacia, la observancia de determinada forma, aunque el negocio sea celebrado en el extranjero" (art. 36.1.). Y en el derecho soviético la ley de 8 de diciembre de 1.961, admite el principio de la "lex loci" pero lo matiza señalando que "el acto no puede ser considerado nulo por inobservancia de la forma si han sido respetadas las exigencias de las leyes de la U. Soviética y de la República federada de que se trate" (art. 125).

A tenor de ésta somera exposición de textos -- legales extranjeros, pero que parece suficiente a los -- fines perseguidos, podrían establecerse una série de -- conclusiones de cierto interés, tales como las dos siguientes:

1) Las "formas" a que se refiere el Derecho -- comparado son las llamadas por NIBOYET "formas externas", es decir, las "solemnidades" en las que se exterioriza la voluntad de los sujetos; las que dan lugar a que ésta sea cognoscible por los terceros.

2) Que cuando la "forma extrínseca" requiere -- para su cognoscibilidad por todos -- una "concreta y precisa solemnidad", ésta deberá cumplirse inexorablemente.

Ahora bien, en este supuesto, que puede darse en la práctica con frecuencia, la "forma solemne" puede

loci; *lex substantiae*, *lex patriae*) y con diferentes consecuencias prácticas en orden a los efectos que pueda producir en cada sistema jurídico.

Sin profundizar en el tema, entendemos que en base, precisamente, al valor de los efectos que debe -- desplegar el acto formalizado con las solemnidades requeridas por cada norma jurídica, y al ámbito territorial donde aquellos se manifiesten, la exigencia de la "forma solemne" adquiere todo su sentido. De acuerdo -- con ésto, si la "*lex loci*", por ejemplo, considera que la forma notarial es constitutiva del acto proyectado y no lo entiende así la "*lex substantiae*", las partes del negocio, aún cuando éste haya de desplegar sus efectos en país diferente al del otorgamiento, estarán obligadas a cumplir con tal obligación porque las leyes del lugar donde se formaliza lo exigen. En el supuesto contrario, el incumplimiento de la solemnidad que impone la "*lex substantiae*", y que no es exigida por la "*lex loci*", representaría un obstáculo sustancial para que el acto adquiriese su plenitud de resultados en el ordenamiento jurídico que regula el fondo del negocio.

En éste último caso el más trascendente, la doctrina se muestra dividida, ya que algunos consideran que la forma solemne supone un requisito de fondo. A -- nuestro entender, el legislador puede arbitrar tres procedimientos para resolver la cuestión: teóricamente podría declarar la aplicación estricta del principio "*locus regit actum*" --sin otra cortapisa que el orden público o el fraude a la ley--, estableciendo de ese modo una excepción al principio general de la solemnidad requerida por su ordenamiento legal, con grave detrimento de la seguridad del tráfico jurídico; podría establecer un cauce adecuado para cubrir las "solemnidades" en el mismo momento en que el negocio jurídico pudiera producir sus efectos en el país que impone su "forma" a aquel; o, la solución que contienen numerosos textos legales: cumplir las formalidades acogiéndose a las formas requeridas en el país donde el acto deba desplegar sus efectos porque el negocio se formaliza u otorga ante los cónsules y agentes diplomáticos del mismo en el extranjero.

La idea general anterior nos lleva a analizar una cuarta posibilidad específica basada en la observación que hace DERRUPE (621), cuando dice que la "regla *locus regit actum*" no se aplicará nunca a los "actos auténticos", en los cuales la intervención del oficial público obliga a observar las reglas de la ley que determina su competencia. Es decir, debe prevalecer la llamada regla "*auctor regit actum*".

del acto jurídico se cumpliría sustituyendo la solemnidad exigida en la "lex substantiae" por la que -para- casos semejantes- prescribe la "lex auctor" o ley que regula la actividad del funcionario autenticamente.

La admisión en el sistema de nuestras normas de colisión del criterio de la ley aplicable al -- contenido del acto (lex substantiae), como competente respecto a las "formas y solemnidades" de los actos jurídicos, representa una consecuencia lógica de la fuerte corriente que se produjo en tal dirección a partir de su formulación por la doctrina alemana y de su consagración legal en la ley de introducción del BGB de 1.900, en cuyo art. 11 se establece que "la forma de un negocio jurídico es determinada por la ley que regula la relación jurídica objeto del negocio. Es suficiente, sin embargo, la observancia de la ley del lugar donde el negocio se realiza".

Se afirma esta concepción sobre tres argumentos: 1º) la unidad del acto jurídico. La necesidad de no disociar el régimen legal aplicable a los actos jurídicos según se trate del fondo o de la forma de -- los mismos. La forma se considera un elemento constitutivo del acto y, por ello, parece lógico que fondo y -- forma sean inseparables y, de ahí, que ambas categorías deban ser regidas por una misma ley, que en la práctica debe ser la de la sustancia o contenido (la del "fondo"). La "unidad" de la ley reguladora de un acto se -- impone, según la doctrina que defiende tal criterio -- (De Bar, Zittelmann, Niemeyer, Venzi, etc.), por la necesidad de evitar la fragmentación del acto y la aplicación de leyes diferentes a su forma y a su contenido. 2º) Las leyes relativas a las formalidades de los actos están directamente conectadas a las estructuras jurídicas generales de un determinado Estado, y por ello "solamente a la ley territorial compete determinar que garantías deban acompañar necesariamente al acto jurídico" (622). 3º) El deseo de introducir un elemento de -- simplificación en la complejidad que derivaría al someter a leyes diferentes la forma y la sustancia de los actos (623).

Este sistema ha sido criticado por parte de la doctrina (FEDOZZI, DIENA, YANGUAS), principalmente sobre la base de la falta de realismo que implica -- considerar el acto jurídico como un todo único e indivisible cuando en la práctica el fondo y la forma de --

(622) Informe de la Comisión de reforma del C.c. italiano -- de 1.942 (cit. por VITTA, Diritto internazionale, cit.; pág. 151).

(623) VITTA, Diritto internazionale, cit.; pág. 151.

ta el punto de que un acto, formalmente válido, puede ser intrinsecamente nulo, y viceversa" (624).

Es muy interesante observar como en nuestro Derecho la "lex substantiae" adquiere un rango primordial en un punto concreto que puede afectar muy directamente a nuestra línea argumental.

Si el art. 11º, 1, establece que "no obstante (la regla locus regit actum) serán también válidos los (contratos, testamentos y demás actos jurídicos) - celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido", la Exp. de Motivos - de la Reforma de 1.974, como criterio de interpretación de primer orden, se encarga de matizar que "si ésta -- (la ley reguladora del contenido) exige la forma en requisito esencial (del acto jurídico) habrá de observarse siempre".

Confiérese en tal supuesto a la "lex substantiae" un carácter exclusivo y excluyente como norma reguladora de la forma de los actos jurídicos, lo que impide que pueda ser aplicado, ni subsidiariamente, cualquier otro de los criterios contenidos en el mismo precepto del C.c. Es una idea que conviene retener.

Naturalmente que para calificar las situaciones concretas que puedan presentarse, es competente -- siempre -en virtud del art. 12º, 1. del C.c.- la propia ley española, a la que compete, en éste caso, determinar cuando la "forma" es "requisito esencial" del acto jurídico.

Razones históricas, y más aún prácticas, han aconsejado la admisión del criterio de la "lex patriae" por el sistema conflictual español, aunque no se oculte a la doctrina las dificultades que pueden producirse - ante los supuestos de cambio de nacionalidad (625). El C.c. admite, ampliando al máximo la aplicación del "favor negotii", que la "lex patriae" pueda aplicarse con dos alternativas: 1ª) la ley personal del disponente -- (vendedor, testador, donante, etc.), ó 2ª) la ley común de los otorgantes (aplicable a los supuestos anteriores y a otros, como al caso de permutas). La "lex patriae", en ambas opciones, se identifica en nuestro derecho con la "ley personal", regulada en el art. 9º del C.c.

A tenor de cuanto se ha expuesto, creemos que se pueden esgrimir tres argumentos en favor de la tesis --

(624) DIENA, citado por YANGUAS, Derecho internacional privado, cit.; pág. 206.

(625) VITTA, Diritto internazionale, cit.; pág. 153.

que propugna la aplicación del D. de 1.936 a todas las operaciones de negociación de valores mobiliarios españoles, cualquiera que sea el lugar donde se realice:

1º) Que al referirse la norma de 1.936 tanto al fondo -título- como a la forma -modo- de la transmisión, es de aplicación, como norma de conflicto, la "lex substantiae", tal y como se encuentra formulada en el apdo. 2 del art. 11 del C.c.: "si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquellos en el extranjero";

2º) que, por tratarse el D. de 1.936 de una norma prohibitiva -y por la especial "filosofía" que la --anima- puede oponerse a su inaplicación la excepción de orden público (art. 12º, 3, C.c.), lo que acarrea la ineficacia del contrato en el ordenamiento legal español, y

3º) que siempre cabe la posibilidad de oponer, cuando la aplicación de una ley extranjera produzca -un evidente fraude de ley, cuyas consecuencias se reflejen en cualquiera de los múltiples efectos que produce un negocio jurídico, este mismo principio jurídico (art. 12º, 4, C.c.) como obstáculo a la efectividad de la transmisión --efectuada fuera de España y con arreglo a normas extranjeras.

Las consecuencias que pueden derivarse de -la aceptación de la idea anterior, serían del tenor siguiente:

Primera, que -en todo caso, salvo que la ley disponga lo contrario (626)- es ineludible que en la nego-

(626) Tal es el caso de los títulos que componían la emisión de Cédulas para Inversiones efectuada en virtud del D. de 26 de abril de 1.960, aunque se siguió exigiendo de hecho la intervención de fedatario público,

sentes las normas del D. de 19 septiembre 1.936 (extraterritorialidad), si bien acomodándolas, en su cumplimiento, a alguna de las alternativas siguientes:

1. Intervención de fedatario español: agentes diplomáticos o consulares españoles. Como señala MIAJA (627), para quien pretenda que el negocio que va a realizar surta sus efectos jurídicos en país diferente al del otorgamiento, lo realmente decisivo es la validez que pueda tener en ese país. Por ello, el remedio más fácil -para evitar la ineficacia del acto, derivada de la aplicación de cualquiera de los criterios analizados anteriormente- será otorgado ante los Agentes diplomáticos o consulares de su propio país.

El Derecho internacional privado -como escribe AGUILAR (628)- reconoce la competencia de las autoridades consulares para intervenir en diversidad de actos jurídicos privados, basada en una norma convencional, condicionada a la reciprocidad, o en una posible costumbre internacional.

En éstos supuestos será de aplicación la "ley substantiae" o ley que debe regir el contenido, el fondo -- del acto jurídico de que se trate, que se equipararía a la "lex auctor".

2. Intervención de fedatario extranjero. Se establecería la asimilación entre los fedatarios españoles y los que, en cada país, realicen funciones análogas, investidos de tal carácter público. En éste supuesto, como es lógico, se aplicarían las normas de la "lex auctor" (ley que regula la actividad del funcionario autenticante), aunque cree

o de los Bonos del Tesoro regulados por la O.M. de - 25 de enero de 1.973, a tenor de cuyo nº 5 "no será obligatoria la intervención de fedatario público en la transmisión".

(627) Derecho internacional privado, parte especial; Madrid, 1.970; pág. 204.

(628) Derecho civil internacional, 1.960, cit.; pág. 315.

mos que condicionadas siempre, para los efectos que el negocio deba producir en España y en ese mismo momento, a - una especie de "calificación" por fedatario español, acerca de la "regularidad" de la operación -de conformidad -- con la ley extranjera aplicada- y del cumplimiento de las condiciones legales españolas impuestas por nuestras normas internas de policía y seguridad pública (vgr.: control de cambios, disposiciones fiscales (629), etc.). Así se entendería la inexistencia de excepciones al D. de 1.936, tales como las señaladas por MURO anteriormente.

Segunda, que la "ley substantiãe" podría equipararse, o a la que denominábamos, con anterioridad, ley - orgánica ("lex societatis"), porque, en último término, la norma que rige las relaciones entre la entidad y sus socios u obligacionistas, es la que preside la negociación o transmisión de los títulos que legitiman al propietario en alguna de las cualidades señaladas (en éste sentido, serán siempre de aplicación las normas españolas en materia de títulos nominativos), o a la "lex reistatæ", en el caso de títulos al portador, aunque teniendo presente, en todo caso, las prescripciones que la ley orgánica imponga, en cada caso, para regular las relaciones entre la entidad y el titular de los valores.

II.3. Conflictos de leyes en materia de derechos que confiere la titularidad de los valores mobiliarios.

Todo valor mobiliario confiere una série de derechos a su titular, tanto de carácter político como económico (acciones), o simplemente pecuniarios (títulos de renta fija, partes de fundador, etc.), cuya configuración y - límites pueden ser establecidos de forma diferente en cada ordenamiento legal, y dentro de éstos, el poder de la autore

(629) Sobre el aspecto fiscal de las operaciones formalizadas en el extranjero, y sus efectos en nuestro ordenamiento tributario, vid. MURO, Transmisión de títulos valores, cit.; págs. 407-410.

nomia de la voluntad puede establecerlos, y modificarlos, con mayor o menor intensidad.

De aquí que bs conflictos de leyes que pueden individualizar en éste punto, sean los dos siguientes:

A) Norma aplicable a las relaciones entre ti tulares de los valores y entidades emisoras.

De ordinario, la doctrina distingue según - se trate de:

a) Títulos-acciones y similares.

Se estima, como norma general, que es la -- "ley orgánica" (lex societatis) la llamada a regular las - relaciones entre los accionistas y la sociedad (630). Tal es el criterio que adopta el C.c. español en su art. 9º, - apdo. 11, a cuyo tenor la ley personal correspondiente a - las personas jurídicas es la determinada por su nacionali- dad, y regirá en todo lo relativo a su representación, fun- cionamiento, disolución y extinción.

b) Títulos de renta fija: obligaciones.

En principio, cabría citar como normas de - conflicto aplicables, según los casos, la "ley impuesta -- por la autonomía de la voluntad", la "ley a que se refiera el título emitido" como competente, la "ley que autoriza - la emisión del empréstito", y aún la "lex loci solutionis". Pero matizando más el tema, se debe distinguir entre:

1. Títulos emitidos en el interior de un --

(630) LOUSSOUARN Y. y TROCHU M., Conflicts de juridictions en matière de sociétés, Juris-Classeur Droit International, cit.; Fascículo 564-C; SCHAPIRA, Valeurs mobilières, cit.; pág. 23.

país y adquiridos, inicial o posteriormente, por inversionistas extranjeros. No cabe hablar, en estos casos, con - propiedad, de la existencia de un empréstito internacio--nal.

Será ley competente para regular las relaciones entre entidades emisoras e inversionistas extranjeros, ante la ausencia de una norma explícita, la que regule la emisión de los títulos.

2. Empréstitos internacionales.

La ausencia de un verdadero Derecho privado internacional propio de éstas operaciones de empréstito, - entraña la sumisión de los mismos, a uno o más derechos nacionales. La libertad tradicional reconocida a las partes, en materia contractual, no les autoriza a ignorar toda ley nacional, aunque si puede influir sobre su determinación, siempre dentro del terreno que limitan las normas internas de carácter imperativo (631).

En principio, se admite como criterio gene--ral para resolver sobre la ley aplicable al empréstito, la aplicación de "lex contractus" o ley impuesta por la auto-nomia de la voluntad de las partes (siempre sobre la base de que se trata de un caso típico de "contrato de adhesión", cuyas condiciones generales vienen impuestas por la entidad emisora de acuerdo con el grupo o sindicato bancario que se encargará de colocar la emisión).

En éste sentido la "lex contractus" se incluye en el propio "título" representativo del empréstito que -como señala SCHAPIRA (632)- servirá de "índice de solución" a los conflictos de leyes que puedan plantearse. Así, el --

(631) JACQUEMONT, L'emission des empunts euro-obligataires, cit.; pág. 168.

(632) Valeurs mobilières, cit.; págs. 24 y ss.

tos internacionales" que elaboró la Cámara de Comercio - Internacional, en 1.947, establecía en su regla segunda que: 1) los derechos y obligaciones de las partes son fi jadas por el título provisional o definitivo, según los casos; 2) las menciones contenidas en los citados docu-- mentos serán completadas y esclarecidas por las mencio-- nes contenidas en los demás documentos donde el portador deberá tomar conocimiento en el momento de su adhesión - al empréstito, y primordialmente en: la obligación gene-- ral, el prospecto de emisión, los actos que contengan -- las garantías en favor de los portadores, la ley que au-- toriza la emisión del empréstito; 3) ninguna discordancia debe existir entre las menciones contenidas en los pros-- pectos y las contenidas en los demás documentos. Si, a - pesar de ello, existiese discordancia fundamental, con - perjuicio del suscriptor, entre las menciones del título y las del prospecto, o de cualquier otro documento que - les reemplace, éstas últimas prevalecerán, a menos que - no aparezca que las modificaciones acaecidas han sido li bremente aceptadas por el suscriptor".

Estas normas teóricas, han sido interpreta-- das por SCHAPIRA, en la forma siguiente: 1) el título no es un instrumento autónomo: se ha de interpretar a la luz del conjunto de los documentos del empréstito; 2) entre éstos documentos existe una jerarquía: el "prospecto", o todo otro documento que haya determinado la suscripción, prevalece, en caso de contradicción, sobre el valor mis-- mo; 3) los derechos del portador se determinan, no sola-- mente sobre la base de los títulos, sino de los usos, y 4) en la duda, el interés del portador es prevalente.

Ahora bien, la "lex contractus" no implica - que las partes puedan prescindir de la aplicación del de-- recho interno de un determinado país y regirse, por ejem-- plo, por los usos profesionales (633). Es un principio, -

(633) Vid. JACQUEMONT, L'emission des empunts euro-obliga-- taires, cit.; págs. 179 y ss.

nasta hoy en día consagrado, el de que "todo contrato internacional debe referirse necesariamente a la ley de un Estado" (634), y que las normas vigentes en éste país serán las aplicables en caso de conflicto no previsto por la "lex contractus".

No obstante, la ley de la autonomía de la voluntad solo cabe admitirse en las materias que escapan a las prescripciones imperativas impuestas por la "Ley nacional aplicable", y puede ser enervada o paralizada por la intervención del "orden público" del foro (vgr.: normas sobre control de cambios, IE en el exterior, etc.).

Además, se ocupa la doctrina de estudiar el criterio de determinación de la "ley nacional aplicable" en ausencia de una elección concreta por las partes. Y los criterios escogidos son numerosos: la "ley orgánica" como propia del ente emisor de los valores; la que rige en el "mercado de emisión" del empréstito; la "lex executionis"; la del "acto de suscripción"; la del "país de emisión de la moneda en la que está cuantificado el empréstito", etc. No obstante, en los últimos tiempos, se abre paso la idea de admitir --a la vista de la preponderancia -- que adquiere el medio bancario en éstas operaciones-- que sea considerada como ley aplicable la nacional que corresponda a la "banca que dirige la operación" (al "banquero jefe de fila" o al "grupo bancario dominante"). Esta es la solución que se adopta en la mayoría de los empréstitos lanzados en el mercado de las euro-emisiones (635).

Es éste uno de los temas donde, claramente,

(634) Consagrado en los asuntos de "Messageries Maritimes" (Corte de apelación francesa -24 de abril de 1.940-, y Corte de Casación francesa -21 de junio de 1.950) y de los "empréstitos serbios y brasileños" (Corte Permanente de Justicia Internacional, 12 julio 1.929).

(635) DELAUME G.R., Transnational contracts, applicable -- law and settlement of disputes (a study in conflict avoidance); N. York, 1.975, tomo I; pág. 23.

se esta forjando el entramado jurídico del nuevo derecho económico internacional.

B) Normas aplicables en supuestos específicos.

La doctrina suele fijar su atención en el exámen de los tres siguientes supuestos:

a) Desposesión involuntaria del título, sin intervención del Estado: casos de robo y extravío.

Desde el punto de vista sustantivo, distingue SCHAPIRA (636), dos grupos de sistemas normativos al respecto: 1) el sistema francés (seguido del belga y del luxemburgués) que se inspira en la protección al titular -- desposeído, y 2) los sistemas anglosajón y germánico que, a la inversa, procuran proteger al portador actual, cuando éste adquirió el título de buena fé, porque pretenden asegurar al máximo la circulación del título.

A falta de una regulación internacional sobre protección a quienes han perdido o le han sido robados los valores (637), la determinación de las reglas aplicables requiere distinguir dos series de relaciones:

1. Relaciones entre el propietario desposeído y los terceros portadores del título. Teóricamente, tres son las normas con vocación para resolver el conflicto: - la "lex rei sitae" (lugar donde se encuentra el título en el momento en que se entable la acción reivindicatoria), la "lex loci contractus" (ley del país en el que tuvo lugar la transmisión al portador actual) y la "ley orgánica" (o ley del establecimiento emisor del título, ley nacional del título). Los dos primeros criterios parten de la asimi

(636) Valeurs mobilières, cit.; pág. 18.

(637) No han faltado esfuerzos en ésta dirección. Vid. LOU SSOUARN y BREDIN, Droit du commerce international, - cit.; pág. 414, nota nº 1.

del reconocimiento de un verdadero estatuto personal del título. La jurisprudencia, principalmente francesa, se decanta en favor de la "lex loci contractus" (638).

2. Relaciones entre el titular desposeído y la entidad emisora del título. Toda vez que se desconoce el lugar donde el título se encuentra, no cabe intentar la aplicación de la "lex rei sitae", quedando el conflicto establecido entre la "lex fori" y la "ley orgánica", inclinándose la gran mayoría de la doctrina por la aplicación de ésta última norma (639).

b) Desposesión de los valores por causa de expropiación, nacionalización o confiscación. Como señala BATIFFOL (640), un Estado puede apropiarse o transferir a quien desee los títulos al portador materialmente situados sobre su territorio, pero la ley del título podrá, igualmente, desconocer ésta operación desincorporando el derecho del título, y su posición será admitida por los terceros Estados, si estiman que el aspecto corporal del título está subordinado siempre al derecho que incorpora, por lo que el Estado del lugar donde se encuentre no podrá apropiarse, por el ejercicio de su poder legislativo, de bienes fundamentalmente sometidos a la ley de otro Estado. Cada Estado es, por el contrario, competente para requisar o transferir los títulos emitidos por una entidad sometida a su propia ley, y la expropiación efectuada será reconocida en el extranjero, salvo que deba oponerse una razón de orden público en base a la insuficiencia de la indemnización.

De esta forma, parece obviarse el conflicto -- que, inicialmente, podría plantearse entre la "lex rei si-

(638) LOUSSOUARN y BREDIN, Droit du commerce international, cit.; págs. 416 y ss.

(639) BATIFFOL, Droit international privé, cit.; pág. 554; LAGARDE, L'émission des titres, cit.; págs. 130 y ss.

(640) Droit international privé, cit.; pág. 187.

tae" y la "ley orgánica", al resolverse la cuestión en favor de ésta última alternativa porque, de hecho, se produce una equiparación en el tratamiento de los valores nominativos y al portador; pero no faltan autores partidarios de distinguir aplicando la primera, a los títulos al portador, y, la segunda, a los nominativos, aunque en todo caso admiten la posibilidad de confiscación y expropiación, salvo que razones de orden público internacional se opongan a ello (641).

Sobre el tema de la "protección diplomática" de los accionistas y de las sociedades, ya hicimos -- alusión en el Capítulo II de éste trabajo, por lo que nos remitimos a lo expuesto en aquel lugar.

c) Supuestos de sucesión de Estados.

Se trata de una hipótesis aplicable solamente al caso de las "deudas públicas", y en la mayoría de los casos prácticos que se han presentado (642), las dificultades han sido solucionadas por medio de "Tratados internacionales", en los cuales se establece como regla general --por supuesto no admitida de manera automática, y -- discutida en muchos casos (643)-- la de que "un Estado tan solo sucede en las deudas adquiridas por otro cuando le sucede también en sus activos".

(641) LOUSSOUARN y BREDIN, Droit du commerce international, cit.; pág. 426.

(642) Nos remitimos a DIEZ DE VELASCO, Curso de Derecho internacional público, 1.963; cit.; págs. 237-239.

(643) El caso de la deuda pública congoleña (Congo ex-belga) es suficientemente ilustrativo de ésta "contestación" al principio general. Mientras los belgas sostienen -- que desde la independencia del Congo (30 junio 1.961) la carga corresponde al nuevo Estado, los titulares -- de la deuda reclaman el pago al Estado belga; cuestión ésta que se complica sobremanera, si se tiene en cuenta que la deuda se emitió en diferentes fechas y que, entretanto, el estatuto colonial del Congo sufrió variaciones.